



أصل اعتبار المآل

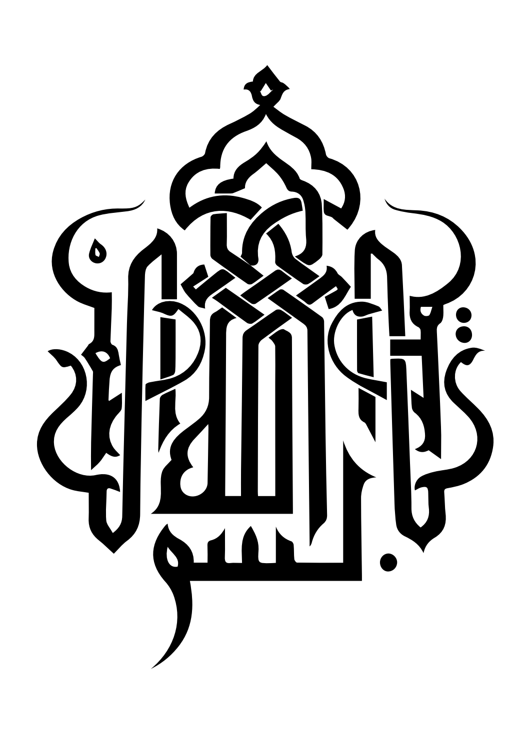
في البحث الفقهي

دراسة في فتاوى المعاملات المالكية

د. يوسف حميتو

أستاذ أصول الفقه ومقاصد الشريعة

مركز الموطأ للدراسات والتعليم - أبوظبي







الحقوق

أصل اعتبار المآل في البحث الفقهي
دراسة في فتاوى المعاملات المالكية
د. يوسف بن عبد الله حميتو

الطبعة الثانية 2018

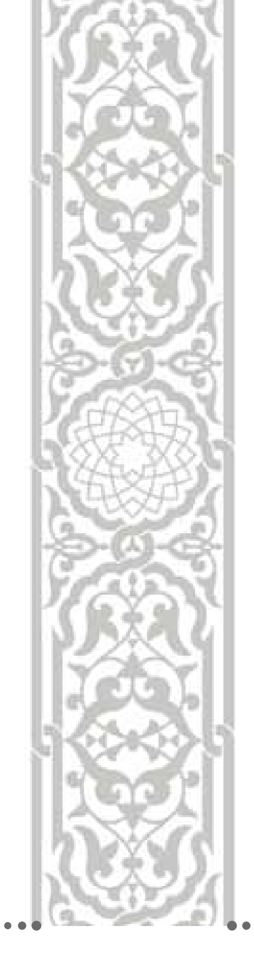
تمت الموافقة على الطباعة من طرف: المجلس الوطني للإعلام
الإمارات العربية المتحدة

رقم الطلب: MC-01-01-3991344
رقم السجل الإعلامي: MF-01-7386238
الرقم الدولي:ISBN 978-9948-39-5102

الفئة العمرية :E
تم تصنيف وتحديد الفئة التي تلائم محتوى الكتاب وفقًا لنظام
التصنيف العمري الصادر عن المجلس الوطني للإعلام

الإيميل: Researches@almuwatta.com
الهاتف: 00971505957039
الفاكس: 0097124412054

مسار للطباعة والنشر - دبي
info@hqpc.ae
Dubai-IMPZ
الهاتف: 0097144484000
الفاكس: 0097144484111



أصل اعتبار المآل في البحث الفقهي

د. يوسف حميتو



قال القاضي عبد الرحيم البيساني الشهير بالقاضي الفاضل (596هـ) مخاطبا العماد الأصفهاني(597هـ):

«إنه قد وقع لي شيء وما أدري أوقع لك أم لا؟ وها أنا أخبرك به، وذلك أنّي رأيتُ أنّه ما كَتَبَ أحَدُهُم في يَومِهِ كِتاباً إلا قالَ في غَدِهِ: لو غُيِّرَ هذا لَكانَ أَحسن، ولَو زُيِّدَ ذاكَ لَكانَ يُستَحسن، ولَو قُدِّمَ هذا لكانَ أفضلَ ولو تُرِكَ ذاكَ لَكانَ أجملَ، وهذا مِن أعظَمِ العِبرِ وهو دَليلٌ على استيلاءِ النّقْصِ على جُملَةِ البَشر».



مقدمة

الحمد لله مُحسن مآل من فوض أمره إليه، وكافي من توكل عليه، ومجمل مآب من أناخ مطاياه ببابه، وقصد الركون إلى رحابه، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على العاقب، من أرشد الناس إلى خير العواقب، وعلى الآل الأطهار والصحابة الأخيار.

أما بعد:

فإن الله جعل لكل مقام مقالا، ولكل مقال رجالا، ولكل رجال فعالا، ولكل فعال مآلا، ومن ثم كان حقا على العاقل أن يقدر لكل أمر قدره، وأن ينظر فيما يصير إليه حاله، فلا يبني على الواقع الذي هو عليه، بل يستشرف ما يؤول إليه، وقديما قيل:

فلا يُحْزِنَنْك الشَّرُّ قَبل وقوعِه ** ولايفرحَنْك الخيرُ والخيرُ غائبُ

فإنك لاتدري وإن كنت حازمًا ** إلى أي أمرٍ ما تؤول العواقبُ[1]

وقال أهل الحكمة إنه «**واجبٌ على كل حكيم أن يحسن الارتياد لموضع البغية، وأن يبين أسباب الأمور ويمهد لعواقبها فإنما حمُدت العلماء بحسن التثبت في أوائل الأمور، واستشفافهم بعقولهم ما تجيء به العواقب، فيعلمون عند استقبالها ماتؤول به الحالات في استدبارها، وبقدر تفاوتهم في ذلك تستبين فضائلهم، فأما معرفة الأمور عند تكشفها وما يظهر من خفياتها، فذاك أمرٌ يعتدل فيه الفاضل**

1- ينظر: لباب الآداب لأسامة بن منقذ، ص: 358.

والمفضول، والعالمون والجاهلون»[1].

فإذا كان شأن الإنسان وهو إنسان أن ينظر في كل أمره إلى ما سيتكشف عليه حاله، فإن الشريعة الإلهية أولى بهذا الاعتبار، بل إنها هي المؤسس لهذا المنهج في التعامل مع الوقائع وما يترتب على الأفعال والتصرفات من نتائج. ذلك أن الشرع إنما جاء لمصلحة العباد في العاجل والآجل، ولم يترك الله خلقه هملا، بل كان أهم مقاصده إخراجهم عن داعية الهوى كي يكونوا عبادا لله اختيارا كما هم عبيد له اضطرارا بحسب عبارة الشاطبي رحمه الله، ولذلك كانت أحكامه مناسبة لطبيعة البشر إباحة ومنعا، اقتضاء وتخييرا، وكان من أَجَلِّ ما ألزمهم به أن تكون مقاصدهم موافقة لمقاصده لا تنحرف عنها، وجعل لأحكامه التي أطر بها واقعهم مآلات لا يتحقق تكليفهم وامتثالهم إلا بتفصيها سالمةً محققةً لمقاصده من التشريع غير منخرمة.

وكما كان هذا خصيصة أحكامه، جعله أيضا ما ينبغي أن تكون عليه أفعال العباد وتصرفاتهم في معايشهم، ورعى ذلك رعيا قامت عليه الشواهد، وأثبتته النوازل، ودلت عليه الأدلة عقلا وسمعا. فحري بالعاقل أن يكون الشرع هاديه، وألا يسلك إلا الصراط المستقيمَ، الحافظَ من مآلات الشُّعب المفرقةِ عن السبيل، الواقيَ من نتائج العطب الناجمة عن مخالفة الأحكام ومقاصد التنزيل، إذ الحاصل أن الشرع «**مبني على اعتبار مآلات الأعمال، فاعتبارها لازم في كل حكم**

1- ينظر: مجموع رسائل الجاحظ. ص: 122.

على الإطلاق»[1].

أولا ـ إشكالية البحث:

إن الشارع لما شرع أحكامه جعلها وسائل لمقاصد تقصدها وغايات تغياها، وحين أمر بأن تنزل هذه الأحكام على الوقائع والأحداث، أقام لذلك نوعين من الفقه هما قوام عمل المجتهد والمفتي والقاضي والحاكم، وأقصد: **فقه الحكم وفقه المحل**.

فالفقه في الدين يقتضي فهما شموليا لمناشئ الأحكام، ومعرفة دقيقة بتنزيلاتها في الواقع والمتوقع كذلك، لأنه لا يكون الفقيه فقيها بالتوقعات دون علم بالواقعات، وهذا عين العلاقة بين مقاصد الشارع وتحققها، وبين عمل المفتي والمجتهد وهو يمخر بسفينه بحر الاجتهاد، ويقلب النظر في الحال والواقع، ليستشرف ما سيكون عليه مآل تنزيل الأحكام على أفعال المكلفين، ومآل مقاصد المكلفين من حيث موافقتُها لمقاصد الشارع أو مخالفتُها له.

والمفتي حين يفتي لا يقوم بتعدية الأحكام دون نظر إلى عواقبها، واعتبار لمآلاتها من حيث تحقق المقصد الشرعي في تلك النازلة التي يريد تنزيل الحكم الشرعي عليها؛ بل يوازن بين المصالح والمفاسد، ويقيس الأمور إلى نظائرها، فيمنع من هذا الفعل رغم مشروعيته منعا للمآل الفاسد، ويستحسن في حالات يفتي فيها بالترخص تجنبا لحرج يناقض قصد الشارع من تشريع الحكم الذي عدل عنه المفتي إلى

1- ينظر: الموافقات، 5/ 200.

حكم غيره، مستثمرا آليات شرعية لها أصلها في صميم الشرع كتابا وسنة.

وبما أن الفقه الإسلامي ليس كيانا مشتتا، بل هو بنيان تتراصُّ فيه المذاهب الفقهية، فإن هذا المنهج في التعامل مع النوازل ليس حكرا على مذهب فقهي دون سائر المذاهب الأخرى، بل إن المذاهب الفقهية كلها تعتمد اعتبار المآل ضمن قواعدها العملية التطبيقية، لكن المذهب المالكي يتميز عن الثلاثة الأخرى وغيرها بمنهج دقيق ومحكم جعله مذهبا مقصديا صرفا، سواء من حيث شموليةُ أصوله وتنوعُ قواعده، أو من حيث استحضارُ المقاصد في تأصيلاته وتطبيقاته، وهو ما أكسبَهُ خصوصية على مستوى الاجتهاد والتطبيق والعمل، الأمر الذي جعله من أقدر هذه المذاهب على مسايرة الواقع، خاصة فيما يتعلق بالوقائع المستجدة المرتبطة بالمعاملات المالية التي استحدثها الناس أو اقتضتها طبيعة العصر مما لم يكن في الزمن الأول، وقد قيل: «**أصول مالك في البيوعات أجود من أصول غيره**»[1].

هذه الخصوصية أسَّست للمذهب المالكي نظرة خاصة في تنزيل الأحكام، وهي ما يمكن أن يسمى بالنظر المصلحي القائم على اعتبار المصلحة المرسلة، وسد الذرائع، والاستحسان الذي هو عين الالتفات إلى المصلحة والعدل، وهذه القواعد هي العناصر المكونة للنظرية العظيمة التي جمع شتاتها ونَظَّر لها الإمام الشاطبي رحمه الله، وأقصد بذلك نظرية: «**اعتبار المآل**» التي أصبحت نظرية شاطبية

1- ينظر: الفتاوى الكبرى لأبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، ص:4/ 19.

مالكية، وما كان للشاطبي رحمه الله أن يبلغ هذا المبلغ لولا نضج النظرية المقصدية من لدن الإمام مالك إلى آخر جهابذة المذهب النظار من الفقهاء والأصوليين.

ولا يخلو كتاب من أمهات كتب المالكية من تأصيل وتقعيد مقصديين، لكن تبقى كتب الفتوى والنوازل التي ألفها وجمعها علماء المالكية هي الصورة المثلى للفقه التنزيلي القائم على اعتبار المآل، ذلك أن هذه الفتاوى والنوازل كما تعكس سيرورة الواقع الذي ينتمي إليه الفقيه، فإنها تعكس حركية الفقه المالكي وقدرته على استيعاب هذا الواقع كما هو والتعامل معه وفق المقاصد الشرعية.

فما مدى التزام مفتي ونوازليي المالكية بالمنهج الذي سنه الإمام مالك؟ وهل استوعب المالكية عموما هذا المسلك الذي ارتضاه؟ وهل استطاع المالكية أن يثبتوا جدارتهم بالاستقلال بمدرسة فقهية خاصة؟ وهل استطاعوا في فتاواهم أن يثبتوا واقعية الفقه المالكي من خلال العمل باعتبار المآل خاصة ضمن المعاملات المالية؟ وهل لفقه المآلات أو فقه المحل الذي هو قسيم فقه الحكم اعتبار في فتاواهم؟ وإلى أي حد يحضر اعتبار المآل في عمل النوازليين منهم؟

ثانيا- أهمية موضوع البحث:

تتمثل أهمية الموضوع في ما يلي:

1ـ أن اعتبار المآل تجسيد لواقعية الشريعة في علاقتها بأحوال المكلفين.

2 - أن اعتبار المآل هي الأصل الشرعي المعتبر الذي يبرز صلاحية الشريعة للتطبيق عبر الأزمنة، على اختلاف العادات والأعراف وتجدد النوازل، فهو معيار الحكم على العصر والواقع، وبه توزن المستجدات ونتائج الأفعال والتصرفات على ضوء المصالح والمفاسد.

3 - أن اعتبار المآل هو الإطار الموضوعي الضامن لسلامة عمل المجتهد في فهم أحكام الشرع وتكييفها ومن ثم تنزيلها على واقع المكلفين، والتثبت من تحقق مقاصد الشريعة وتحقيق مناطات الأحكام، ولذلك قال الشاطبي رحمه الله: «**إن زلة العالم أكثر ما تكون عند الغفلة عن اعتبار مقاصد الشرع**»[1].

4 - أن اعتبار المآل مسلكٌ للتعامل مع أفعال المكلفين، إما بإضفاء المشروعية على الفعل أو بسلبها عنه، وإما بتطبيق الحكم الشرعي على المكلف كما هو، أو باعتبار الملابسات المحتفة بالفعل فيُرخص له فيه أو يمنع منه.

5 - أن اعتبار المآل من صميم عمل المفتي والنوازلي المجتهد، خاصة أن الشاطبي مؤصل نظرية المآلات خصه بالمجتهد دون غيره في كتابه «الموافقات»، فنجده يقول بعد تقريره كون النظر في المآل من مقاصد الشرع: «**وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل**»[2]، بل وجعله ثاني خصائص المجتهد الرباني الحكيم

1- ينظر: الموافقات، لأبي اسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي 5/ 135.
2 - ينظر: الموافقات، 5/ 177

حين قال إنه «**ناظر في المآلات قبل الجواب عن السؤالات**»[1]. ومن ثم، فكتب النوازل هي الصورة التطبيقية لهذا الأصل ذي البعدين المادي والموضوعي، والذي لا تظهر قيمته الحقيقية من خلال كتب الفقه المجردة، بل من خلال فتاوى الأئمة المالكية والموسوعات النوازلية التي خلفوها.

6 – أن اعتبار المآل مبدأ فاعل في العبادات والمعاملات، لكنه في أبواب المعاملات المالية أكثر فاعلية بالنظر إلى معقولية معناها، ومن ثم تصورها بكيفية تجعل المفتي أقدر على تكييف النازلة والحكم عليها.

ثالثًا – الدراسات السابقة:

اهتم عدد كبير من الباحثين بموضوع اعتبار المآل، فكتبوا فيه بحوثا عديدة اختلفت بين المتناول له من الناحية النظرية، وبين من حاول أن يمزج بين التنظير والتطبيق، ولا أريد هنا أن أتحدث عن الإمام الشاطبي رحمه الله الذي كان أول من تناول هذه القاعدة بتفصيل، ولا أحب أن أعتبره ضمن الدراسات السابقة كما فعل بعض الباحثين، بل إن عمله هو المحور الذي دارت عليه كل البحوث التي أنجزت، ومن بين هذه البحوث والكتابات:

1ـ **الدكتور فتحي الدريني** رحمه الله في مؤلفات كثيرة، ككتاب: «**نظرية التعسف في استعمال الحق**»، وكتاب: «**الحق ومدى سلطان**

1 – الموافقات، 5/ 233

الدولة في تقييده»، وكتاب:«**المناهج الأصولية**»، وكتاب: «**النظريات الفقهية**»، حيث تناول الدكتور رحمه الله مبدأ اعتبار المآل بشكل شمولي أحيانا، وأحيانا بشكل تفصيلي.

2 - **الدكتور محمد رياض في كتابه**: «**نظرية التعسف في استعمال الحق بين المذهب المالكي والقانون المغربي**»، لكنه لم يفصل في الأصل إنما تناول ما اندرج تحته من قواعد في علاقتها بنظرية التعسف.

3ـ **الدكتور علي مصطفى رمضان**، في رسالته بجامعة الأزهر بالقاهرة سنة 1976م التي عنونها بعنوان: «**اعتبار المآلات في الشريعة الإسلامية للحكم على الأفعال**»، وقد ركز فيها على مسألة التعليل وعلاقة اعتبار المآل بها، وذلك في إطار شمولي ولم يعن كبير عناية بالتمثيل والتطبيق.

4ـ **الأستاذ عبد الله لخضر**، في رسالته لنيل دبلوم الدراسات العليا:«**منهج المالكية في الاستدلال بالمآلات الشرعية**» من جامعة المولى اسماعيل بمكناس، سنة: 1987، وقد تناول في هذه الدراسة مفهوم المذهب ونشأة المذاهب الفقهية، وتناول الحديث عن الإمام مالك رحمه الله وأصول مذهبه، ومسألة تعليل الأحكام، ثم فصل في الحديث نظريا عن قواعد العمل باعتبار المآل في المذهب المالكي، فكانت بحثه دراسة نظرية محضة لم تُظهر حقيقة اعتبار المآل كأصل مقصدي له أثره في العملية الاجتهادية.

5 - **الدكتور حسين بن سالم الذهب**، في رسالته: «**مآلات الأفعال**

وأثرها في تغيير الأحكام» بالجامعة الأردنية، سنة 1415 هـ، وهذه الرسالة مختصرة جدا ركزت على أهمية اعتبار المآل في تغير النظر الفقهي والمصلحي دون تفصيل في الحديث عن القواعد والأصول التي تندرج تحت اعتبار المآل.

6 – **الدكتور فريد الأنصاري** رحمه الله في كتابه: «**المصطلح الأصولي عند الشاطبي**»، وقد أبدع الدكتور رحمه الله في نشر طي المنهج الأصولي عند الإمام الشاطبي رحمه الله، وكانت له وقفات طويلة مع كثير من القضايا الأصولية التي مثلت أعمدة الرؤية الشاطبية وملامحها الإبداعية التجديدية، وقد كان لأصل اعتبار المآل مساحة واسعة من دراسة الدكتور فريد، حيث أفرده باهتمام خاص حاول فيه أن يستوعب جزئيات نظرية المآلات عند الإمام الشاطبي.

7 – **الدكتور زيد بوشعراء** في رسالته:«**عوامل تغير الأحكام في التشريع الإسلامي، تغير المآل وتغير القصد**»، وهي الرسالة التي تقدم بها لنيل دكتوراه الدولة من جامعة محمد الأول بوجدة سنة 1997م، تحت إشراف الدكتور الشاهد البوشيخي، ولعل هذا البحث هو أول بحث مغربي دقيق حسب ما وقفت عليه حول موضوع اعتبار المآل نظرا للجدة التي اتسم بها في تلك الفترة.

وقد قسمه إلى قسمين، **أولهما**: تغير المآل، وجعله في بابين، تناول في **أولهما** صور تغير المآل، بين تحقق الحكمة وعدم تحققها، وبين تحقق الحكمة برجحان وتحققها بلا رجحان، وفي **ثانيهما** تناول

أسباب تغير المآل مرجعا إياها إلى ثلاثة هي: تغير الزمان والمكان، وتغير العرف، وتغير الأشخاص. أما **القسم الثاني**، فتناول فيه الدكتور زيد تغير القصد، وجعله كذلك في بابين، أولهما عنونه ب: بين قصد وقصد، وفيه فصلان، **أولهما** بين القصدين المشروعين، **وثانيهما** بين القصد المشروع والقصد غير المشروع، أما **الباب الثاني**، فعنونه ب: بين القصد وعدم القصد، وجعله في فصلين كذلك، **أولهما**: عن تأثير النسيان والخطأ، و**ثانيهما** عن تأثير الجهل.

8 - **الدكتور عمر جدية** في رسالته: «**أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق**» التي تقدم بها لنيل الدكتوراه من جامعة محمد بن عبد الله بفاس، وقد تطرق فيها إلى مفهوم اعتبار المآل ومقوماته النظرية، وإشكالية تطبيقها. في الواقع، وقد عالج فيه قواعد أصل اعتبار المآل العامة، وطبقها على نماذج مختارة من السيرة النبوية، وعلى مجالات التطورات العلمية والطبية المعاصرة، وعلى المجالين الاجتماعي والسياسي.

9 - **الدكتور بشير مولود جحيش** في كتابه «**الاجتهاد التنزيلي**»، تناول فيه مفهوم اعتبار المآل ومقوماته النظرية، وعلاقته بتحقيق المناط، وفي الفصل الأخير قام بدراسة تطبيقية على قضايا سياسية معاصرة.

10 - **الدكتور عبد الرحمن بن معمر السنوسي**، في كتابه: « **اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات**»، وهو أول بحث علمي دقيق جدا

في هذا الموضوع، وقد تناول الدكتور في هذا البحث مفهوم اعتبار المآل وبنى له تعريفا أصوليا مقصديا، ثم تحدث عن خصائصه وأثره في التشريع والاجتهاد، ثم تطرق بعد ذلك إلى القواعد التي تندرج تحت اعتبار المآل كما قررها الشاطبي، واعتمد الدكتور منهجية إثارة الإشكاليات وتحليلها والتمثيل لها من المذاهب الفقهية، ثم تناول بعد ذلك أثر اعتبار المآل في الموازنة بين المصالح والمفاسد ضمن القواعد الفقهية ذات الصلة.

11ـ **الدكتور وليد بن علي الحسين**، في كتابه: «**اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي**»، وهو أطول البحوث التي تناولت اعتبار المآل، ويمتاز عن غيره من البحوث بكثرة التفريعات الجزئية للموضوع، وكثرة تطبيقاته خاصة في بعض القضايا المعاصرة، وقد توسع كثيرا في الحديث عن صور تغير المآل بين أقسام الحكم التكليفي، وتحدث عن أسباب مراعاة المآل المتمثلة في سد الذرائع والمصلحة ومراعاة الخلاف والضرورة ورفع الحرج، وما يلاحظ عليه أنه أهمل الحديث عن الاستحسان وهو من أعظم القواعد المندرجة تحت اعتبار المآل، ولم يشر إليه لا من قريب ولا من بعيد، وحتى حديثه عن الضرورة والمصلحة وهما من صور الاستحسان عند المالكية والحنفية لم يلتفت إلى ذلك دون أن يبرر دافعه إلى هذا المسلك.

رابعًا ـ خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى مقدمة، ومدخل، وقسمين: نظري

وتطبيقي، وخاتمة، وقد تناولت في المدخل موقع اعتبار المآل في العملية الاجتهادية وأهميته في النظرية المقاصدية، ولماذا كان له هذا الدور الخطير في عمل المفتي.

والقسم الأول - وهو القسم النظري - جعلته على ثلاثة فصول، الأول منها للتعريف باعتبار المآل: المفهوم والمشروعية حيث تناولت فيه المفهوم والنشأة وشواهد العمل به. والفصل الثاني خصصته للحديث عن الصبغة المقصدية والتوصيف الأصولي لاعتبار المآل. أما الفصل الثالث فموضوعه الحديث عن النظريات الفقهية الأكثر صلة باعتبار المآل، والتي يلتزمها المفتون والمجتهدون أثناء عملهم، وهي ثلاث نظريات: نظرية الباعث، ونظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الاحتياط. وفي القسم التطبيقي صميم البحث، تناولت تطبيقات اعتبار المآل في المعاملات من خلال مصادر الفتوى المالكية، وقد اخترت منها المصادر الموسوعية كجامع البرزلي، ومعيار الونشريسي، ونوازل المهدي الوزاني، وجعلته على ثلاثة فصول، الأول منها عالجت فيه العمل بسد الذرائع في المعاملات في فتاوى المالكية. أما الفصل الثاني، فكان للحديث عن الحيل والعمل بها في فتاوى المالكية في المعاملات المالية. أما الفصل الثالث، فموضوعه الاستحسان وإعماله اعتبارا للمآل في فتاوى المالكية في المعاملات، ثم ختمت البحث بخاتمة بينت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

وختاما، أتقدم بخالص الشكر إلى **سيدي العلامة عبد الله بن بيه** رئيس مركز الموطأ الذي منح هذا البحث فرصة أخرى ليصل إلى القراء والمهتمين بالفقه التنزيلي، خاصة وأنه يمتاح من فكره، ويحاول أن يستقصي الأثر ليقف على الخبر، وأن يرصد مراصد الدليل لقفو أثر السبيل، ولسان حال صاحبه يقول:

أسير خلف ركاب النجب ذا عرج
مــؤملا كشف ما لا قيت من عوج
فإن لحقت بهم من بــعدما سبقوا
فكـــم لرب الورى في ذاك من فرج
وإن بقيت بظهر الأرض منقطــعا
فمـــا عـــلى عرج في ذاك من حرج

كما أتقدم بالشكر والتقدير لكل القائمين على مركز الموطأ بأبوظبي عاصمة دولة الإمارات العربية المتحدة، سائلا المولى عز وجل لهم السداد والتوفيق، والحمد لله رب العالمين.

د. يوسف بن عبد الله حميتو
أستاذ أصول الفقه ومقاصد الشريعة
مركز الموطأ – أبوظبي
فاتح رمضان المبارك 1439 هـ
17 مايو 2018



مدخل
موقع اعتبار المآل

في العملية الاجتهادية وأهميته في النظرية المقاصدية

إن الباري عز وجل حين شرع أحكامه ربطها بمقاصد وغايات ومعاني عظيمة، فلا تقوم الأحكام إلا بالمقاصد، ولا تقوم المقاصد إلا بالأحكام، لذلك كان لزاما على الخائض في علم الفقه والأحكام أن يبادر إلى التحقق من المقاصد التي قصدها الشارع والغايات التي يتغياها؛ وأن يسعى جاهدا بقدر الممكن له أن ينزل الحكم على الواقع بما يتحقق به القصد، إذ لا يصح لطالب علوم الشرع أن يمتثل الأحكام دون أن يعرف مواطن تنزيلها، ونتائج ذلك.

ذلك أنه إذا كان فهم الأحكام ومعرفة مناشئها أمرا لا مناص منه، فإن الاجتهاد في تنزيلها لا يقل ضرورة عنه، لأنه بارتباط الاجتهادين تتحقق شمولية الشريعة، وصلاحها لكل زمان ومكان. وهذا التنزيل لا يتم إلا وفق قواعد وأصول مقصدية محضة، لا تنفصل عن بعضها لأنها تشكل جوهر الدين والتشريع الضابط لحياة المكلفين.

والطالب الناظر في هذا العلم، يجد إذا نظر بعين الفقيه قواعد مهمة، من بينها قاعدة عظيمة القدر والخطر، بل هي أعظم القواعد الاجتهادية طرا، وهي قاعدة اعتبار مآلات الأفعال ومراعاة نتائج التصرفات والأحكام، وبالغُ أهمية هذه القاعدة كامنٌ في أن عدم اعتبارها أو إهمالَها أو الجهلَ بها من شأنه أن يوقع الناظرَ في علوم الشرع عامة والفقيهَ على الأخص في مناقضة قصدِ الشارع من تشريعه للأحكام، إذ لا يكفي في الاجتهاد العلم بالأحكام وبمقاصد الأحكام تعيينا، بل الواجب معرفة ما يؤول إليه الحال إذا عمل بهذه الأحكام في

واقع المكلفين، من خلال الاجتهاد في تحقيق المناط، وهو الاجتهاد الذي لا ينقطع أبدا إلى أن ينقطع أصل التكليف[1]، وهو الذي يكون به تكييف الجزئيات على مقتضيات أحكام الدين الكلية.

إن هذا التكييف هو الذي وسمه الإمام الشاطبي رحمه الله بالنظر في المآلات،وسماه غيره فقه التنزيل، وجعله أصلا مقصديا يقوم عليه التشريع ولا ينفك عنه، وقد أثبت أن الفصل بين التشريع وفقه تنزيل الأحكام واعتبار مآلاتها ضرب من العبث الذي تتنزه عنه الشريعة.

فالإنسان في حياته يخضع لواقع معين، هذا الواقع يستلزم إيقاع الأحكام لتصبح هي بنفسها واقعا يحكم الواقع الإنساني بكل مكوناته وتمثلاته، وَفْقَ ما تقتضيه المقاصد الإلهية نظرا للتلازم الطردي بين الأحكام ومقاصدها، فالواقع في حقيقته وقائع مشخصة، وأفعال بشرية تصدر من المكلفين جماعات وأفذاذا.

هذه الوقائع والأفعال مرتبطة بأزمنة وأمكنة وأحوال مختلفة، وبجزئيات متعددة، وهو ما يوجب أن يكون لكل جزئية فهمها الخاص وحكمها، ومن خلال هذه الأحكام الجزئية يحكم على الواقع ككل، فلا يجوز أن يوقع المجتهد أو المفتي الحكم مجردا عاما كما هو دون اعتبار لأي أمور مؤثرة في النظر، ودون اعتبار لتداعيات تعدية الحكم دون التفات إلى العوارض والملابسات المحتفة بالمكلف في واقعه،

1- ينظر: الموافقات في أصول الأحكام، للإمام الشاطبي،5 / 11.

ودون عناية بالاقتضاء التبعي للواقع ومكوناته[1]، وأي إهمال لهذا الاقتضاء التبعي يعني بالضرورة مناقضة قصد الشرع، وكل عمل لا يترتب عنه مقصوده فهو باطل.

وتبعا لما سبق، يكون من نافلة القول كون مجتهدي الإسلام استوعبوا حق الاستيعاب حقيقة ارتباط نصوص الأحكام بالمقاصد الشرعية، وفهموا أن هذه الأحكام ما هي إلا وسائل لتحقيق تلك المقاصد، وأدركوا أنها يجب أن تنزل على الواقع بما يتوافق وقصد الشارع منها، حتى يُحفظ نظام الأمة ويستدام صلاحه بصلاح المهيمن عليه الذي هو الإنسان[2]، وهو ما لخصه الشاطبي في كلمات جميلة قال فيها: «**المقصود من وضع الأدلة تنزيل أفعال المكلفين على حسبها**»[3].

إن هذا التنزيل المقصود لا يتم إلا إذا جمع القائم بعملية التنزيل بين ثلاثة أنواع من الفقه تلخص فيما يلي:

1ـ **فقه المقاصد**: وهو يجمع بين فقه الأحكام ومعرفة مقاصد الشارع وبين مقاصد المكلفين، وعلى هذين النوعين بنى الشاطبي: كتاب المقاصد من كتاب «**الموافقات في أصول الشريعة**».

2ـ **فقه الواقع**: وهو ما يلزم منه معرفة المجتهد أحوال المكلفين وما يحيط بهم من أحوال ثابتة وعوارض طارئة، ومراعاة الوقائع في

1- ينظر: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، للدكتور عبد الرحمن السنوسي، ص: 20.
2- ينظر: مقاصد الشريعة للطاهر بن عاشور، ص: 273
3- ينظر: الموافقات، 3/ 217.

أحوال فاعليها[1]، إذ لا يمكن إنكار أن هناك مصالح كثيرة ومفاسد تتأثر باختلاف الأحوال وتغير الظروف، فتتغير أوضاعها وسلم أولوياتها بتغير نفعها أو ضرها مما يستدعي نظرا جديدا وتقديرا مناسبا، ووسائل مناسبة، وكل هذا يؤثر على الأحكام تأثيرا ما، ينبغي أن ينظر فيه ويقدر بقدره بلا إفراط ولا تفريط.

٣- **فقه الموازنات**: وهذا الفقه له مدخله في كل الأبواب الفقهية، ذلك أنه قد يقع تزاحم المصالح فيما بينها أو المفاسد فيما بينها، أو بين المصالح والمفاسد، فيحتاج المجتهد إلى تغليب جهة منها، ذلك أنه متى علم المجتهد كيف يراعي مصلحة المكلف، وكيف يحفظ توافق مقصده مع مقصد الشارع، وكيف يدفعه عن مناقضة قصد الشارع، وكيف يحفظ مقصد الشارع حال مخالفة مقصد المكلف له، فإنه بذلك يكون قد راعى أيلولة الأحكام التي يراد تنزيلها على وقائعها، وفي ذات الوقت يكون قد حقق الغايات والمقاصد والمرامي التي أرادها الشارع من وضع الشريعة على الجملة.

إن هذه الأنواع من الفقه تفرض على المجتهد والمفتي نسقا اجتهاديا محددا، يتمثل في اعتماد قواعد أصولية ومقصدية معينة، وتطبيق نظريات بذاتها تخدم طبيعة عمله واشتغاله على أفعال المكلفين ارتباطا بالنسق التشريعي العام الذي يتسم بسمتين رئيسيتين:

1- ينظر: التأصيل العلمي لمفهوم الواقع، للدكتور سعيد بيهي، ص: 223.

- **السمة الوقائية**[1]: وتعني منع المكلف من أي فعل تترتب عليه آثار تُخَالِفُ المقاصد الكلية أو الجزئية أو الخاصة التي تغياها الشارع، وذلك من خلال صورتين، **أولاهما**: قواعد أصولية استقرئت من ثنايا نصوص الشرع وصارت في حكم القطعيات، والمقصود بها قواعد سد الذرائع والحيل، والاستحسان بمختلف صوره، وما بناه الأصوليون والفقهاء من قواعد فقهية تحكم جزئيات متعددة لها مناط واحد وإن اختلفت صورها ووقائعها، كقواعد الضرر وقواعد القصود والنيات وقواعد الموازنة بين المصالح والمفاسد.

أما الصورة الثانية، فهي نظريات فقهية جمع العلماء القدامى فروعها دون نظمها تحت مسمى معين، وقام المعاصرون من الدارسين والباحثين بإعطائها مسميات تتناسب ومضامينها ذات الصبغة الوقائية، والمقصود هنا نظريات الباعث والاحتياط والتعسف في استعمال الحق، وهي كلها نظريات منبثقة من رحم نصوص الشريعة.

- **السمة العلاجية**: وتعني التدخل لحسم مادة الفساد بمجرد تحسس آثارها سواء كانت ناتجة عن قصد مبيت من المكلف، أو كانت ناتجة عن فعل مارسه المكلف في إطار مشروع لكن آلت هذه الممارسة إلى مآل ضرري، وسواء كان هذا الضرر واقعا أم متوقعا فالحكم واحد عملا بمبدأ الاحتياط.

ولا يُتصور هنا أن الصبغة العلاجية تقتصر فقط على المنع من الفعل

1- « اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات» للدكتور عبد الرحمن السنوسي.

عملا بالذرائع أو الحيل أو الاحتياط، بل تشمل كل تدخل للمجتهد أو المفتي لرفع المشقة عن المكلف إذا كانت تكاليف الشرع حين تطبيقها في صورة معينة توقع المكلف في الحرج، وذلك ضمن إطار العمل بالاستحسان، فباعتبار أن كليات الشريعة وجزئياتها[1] معللة بمصالحها، فإنه تبعا لذلك يتعين على المفتي متى استبصر استبصاراً قطعيا أوظنيا أن تطبيق الحكم على المكلف أو إعمال القياس، من شأنه أن تكون له نتائج على غير المعهود من سنن الشرع ومقاصده، أن يعدل إلى التكييف الاستثنائي الذي به يتحقق المقصد الشرعي.

وبدَهي أن هذا لا يقع عن طريق التشهي، ولكن يقع عن طريق تحقيق المناط في كل شخص وكل نازلة، وذلك باعتبار أن الأمور تحل وتحرم بمآلاتها، إذ المآل ليس شيئا سوى المصالح والمفاسد المتوقعة[2] أو الواقعة تقريبا أو تغليبا.

وهذا ليس أمرا تجريديا تصوريا فقط بل هو ماثل في الواقع على الحقيقة، مجسد في أصلي العدل والمصلحة، وفي ذلك يقول الإمام العز بن عبد السلام: «**اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقة شديدة أو مفسدة تربى على تلك المصالح،**

1- من باب أن الجزء تابع للكل، وهذا معنى قول الشاطبي:«المطلوب المحافظة على قصد الشارع؛ لأن الكلي إنما ترجع حقيقته إلى ذلك، والجزئي كذلك فلا بد من اعتبارهما معا»، ينظر: الموافقات: 3/ 176.

2- ينظر: المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي، للدكتور فريد الأنصاري، ص: 416.

وكذلك شرع لهم السعي في درء مفاسد في الدارين أو في أحدهما تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربى على تلك المفاسد، وكل ذلك رحمة بعباده ونظر لهم ورفق، ويعبر عن ذلك كله بما خالف القياس، وذلك جار في العبادات والمعاوضات وسائر التصرفات»[1].

إن دراسة مآلات الأفعال باعتبارها أصلاً مقصدياً لا يُمكن أن تُبحث ضمن تصور نظري، فهذا لا يمكنه أبدا أن يجلي هذا الأصل حقيقة الجلاء، كما أن دراسته من خلال كتب الفقه المجردة لا تسعف في معرفة القيمة التشريعية لهذا الأصل، إنما حقيقته وقيمته تظهر من خلال كتب الفتوى والنوازل التي تمثل المراس الفقهي الحقيقي، لأنها تجمع بين أمور ثلاثة:

ـ **أولها: التصور**، بناء على أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وهذا التصور يتم من خلال أمرين: **أولهما**: فهم الواقعة في ذاتها. **وثانيهما**: فهم ما يحيط بها، وهما معا لا يتمان إلا بالاستقراء والمعايشة. وهذه المرحلة من مراحل النظر لها أثرها على نتيجة التنزيل، «**وأكثر أغلاط الفتاوى من التصور**»[2].

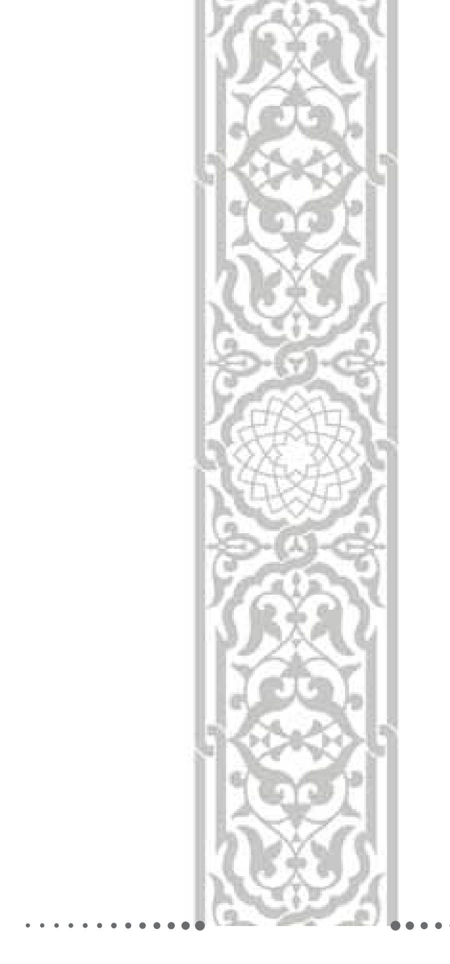
ـ **ثانيها: التكييف**، والمقصود تصنيف النازلة ضمن الفرع الفقهي الذي يشبهها، ووضعها تحت الأصل الكلي الذي يجمعها ونظائرها.

1- ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لعز الدين بن عبد السلام، 2 / 138 .

2 – ينظر: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للحجوي الثعالبي، 2 / 571.

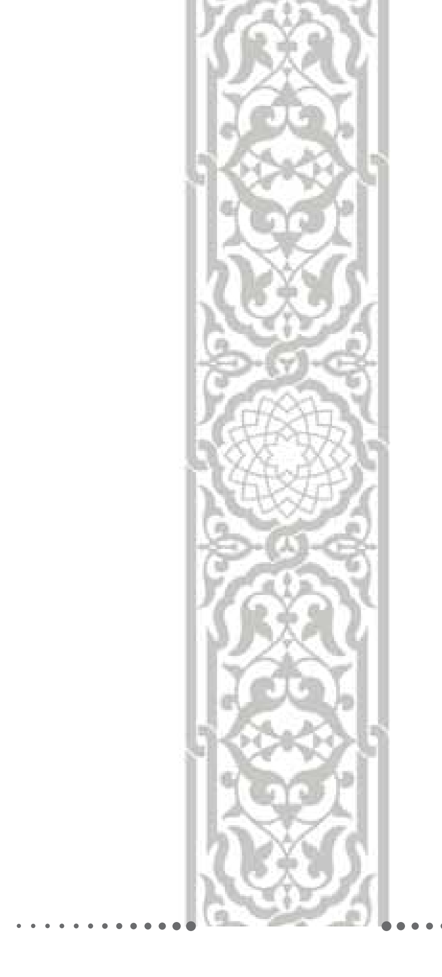
ـ **ثالثها: التطبيق**، أي تنزيل الحكم عليها بما يتوافق مع المقصد الشرعي، مع اعتبار احتمال غلبة المصالح أو المفاسد أو اختلاطها مما يوجب الموازنة بينها، ومع مراعاة حالات الاضطرار وما تعم به البلوى، واعتبار الأعراف والعادات والأحوال[1].

1ـ لزيادة تفصيل ينظر: المسألة الخامسة من القسم الأول من كتاب: فقه النوازل: دراسة تأصيلية تطبيقية، للدكتور محمد بن الحسين الجيزاني، 1/ 39 فما بعدها.



القسم النظري

مبدأ اعتبار المآل في التنظير الفقهي



الفصل الأول

اعتبار المآل:
المفهوم والمشروعية

أولا: تعريف اعتبار المآل

١ - تعريف اعتبار المآل تركيبا

أ – تعريف الاعتبار

الاعتبار لغة: تعددت المعاني اللغوية لمصطلح «الاعتبار» حسب الاستعمال والسياق، وبالمقارنة بين ما ورد في المعاجم اللغوية من معاني لمصطلح الاعتبار، يتبين أنها لا تخرج عن إحدى المعاني الآتية:

تعبير الرؤيا: أي: تفسيرها، وهذا يعني المجاوزةَ من ظاهرها إلى باطنها، والإخبار بما يَؤُولُ إليه أَمْرُه[1]، أو هو: **العُبُورُ**: أي المرورُ من مكان إلى مكان، فيُقال مثلاً: عَبَرْتُ النَّهر: إذا قَطَعْتُه[2] ومنه قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَابِرِى سَبِيلٍ﴾[3]. أو**المجاوزة** من شَيْءٍ إلى شيءٍ[4]، وهو الاعتدادُ بالشيء في تَرَتُّبِ الحُكْم ونحوه[5]. وقيل: **هوالتَّدبرُ والنَّظرُ**، أو الحالةُ التي يُتوَصَّلُ بها من معرفة المُشاهَد إلى ما ليس بمُشَاهِدٍ[6].

كل هذه المعاني تشترك في الدلالة على معنى المجاوزة والعبور، وهذا المعنى اللغوي هو أساسُ بناء مفهوم اعتبار المآل، ذلك أن

1- ينظر: الصحاح للجوهري، 2/ 733، ولسان العرب،4/ 529.
2- ينظر: الصحاح، 2/ 733.
3- سورة النساء، الاية: 43
4- ينظر: لسان العرب لابن منظور، 4/ 530.
5- ينظر: المصباح المنير للفيومي، 2 / 390 وهذا المعنى هو الأقرب رحما من كل المعاني الأخرى بالمعنى الاصطلاحي لاعتبار المآل
6- ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس، للزبيدي، 12 / 511، نقلها الزبيدي عن الفيروز آباذي من كتابه: بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، 4/ 14.

النظر في المآل هو مُجاوزةُ الواقع إلى ما هو مُتَوَقَّعٌ للحكم عليه بما يناسب المقصد الشرعي من وضع الأحكام، ولذلك فالعلاقة بين المعنى اللغوي للاعتبار ومفهوم اعتبار المآل بمعناه التركيبي قوية بالنظر إلى الأثر المقصدي للعمل بمبدأ المآلات.

وأما الاعتبار اصطلاحا:

فعرفه الغزالي (505 هـ) بأنه:«**العبور من المنظور فيه إلى غيره بالتنبه لمعنى يناسب المنظور فيه**»[1]. أما ابن قدامة (620 هـ) فقال:«**حقيقة الاعتبار مقايسة الشيء بغيره**»[2]. ويعرفه سيف الدين الآمدي (631 هـ) فيقول: «**الاعتبار هو الانتقال من الشيء إلى غيره وذلك متحقق في القياس**»[3]. وعرفه بدر الدين الزركشي (794هـ) فقال: «**التسوية بين الأمر ومثله والحكم فيه بحكم نظيره**»[4]. وقال محمد الطاهر بن عاشور هو: «**النظر في دلالة الأشياء على لوازمها وعواقبها وأسبابها**»[5].

بعد سرد هذه التعاريف في مسارها الزمني، يتبين أن الغالب عليها هو ارتباط معنى الاعتبار بالقياس بنوعيه: الشرعي والعقلي، ولم تتضمن حدا مضبوطا للاعتبار يمكن أن يكون جامعا مانعا، ولعل هذا يرجع إلى السياق الذي تناول فيه كل إمام مفهوم الاعتبار، وذلك

1- ينظر: أساس القياس، ص: 105.
2- ينظر: روضة الناظر وجنة المناظر، 1/ 285.
3- ينظر: الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الآمدي، 4 / 32..
4- ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي، 4/ 20.
5- ينظر: تفسير التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر بن عاشور، 28/ 72.

انطلاقا من قوله تعالى: ﴿فَٱعۡتَبِرُواْ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَبۡصَٰرِ﴾[1].

أما تعريف ابن عاشور، فإنه يشتمل على بعض المعاني التي يتألف منها مفهوم اعتبار المآل باعتبار اللقب، والمقصود بذلك: المصطلحات التي استعملها، أي: اللوازم والعواقب والأسباب، التي هي ذات صلة باعتبار المآل، بل هي من ضمائمه كما سيأتي حين الحديث عن المصطلحات ذات الصلة بهذا الأصل.

وقد قارب الدكتور عبد الكريم عكيوي في كتابه: **نظرية الاعتبار في العلوم الإسلامية**، أن يصوغ تعريفاً لمفهوم الاعتبار، بعدما ساق ستة عشر تعريفا تنوعت بين القدامى والمعاصرين، كل حسب فنه، وقد حاول أن يكون هذا التعريف متسقا مع المنحى العام لرسالته، ومشتملا على المعاني التي ساقها المتقدمون، فقال:«**الاعتبار هو النظر في المسألة مع استحضار نظائرها والالتفات إلى لوازمها ومراعاة نقائضها، مع صحة المناسبة**»[2].

فيتبين أن طبيعة النظر في المآلات تتأسس على النظر في النازلة ارتباطاً بالدليل العامِّ الذي قد يكون نصّاً أو اجتهاداً، ثم النظر إلى ما يكون من نتائج تَنتُج عن تنزيل هذا الحكم على واقع المكلف مع مراعاة الأحوال والملابسات المحيطة به، والعوارض التي قد تعرض له، والتي لها تأثير على الحكم.

1- سورة الحشر، الآية: 2.

2- ينظر: نظرية الاعتبار في العلوم الإسلامية، ص: 37.

ب – تعريف المآل

المآل لغة: المآلُ مَصْدَرٌ مِيمِيٌّ مِنْ آلَ الشَّيْءُ، يَؤُولُ أَوْلاً ومَآلاً، إذا صارَ وانتهى ورَجع، وقد اسْتُعْمِلَ في المعاني فقيل: آلَ الأمرُ إلى كذَا، والمَوْئِلُ: المَرْجِعُ وَزْنـًا وَمَعْنىً. وكل المعاجم اللغوية تَرُدُّ معنى المآل إلى المرجع والمصير والعاقبة والعَوْدِ[1]، أما معانيه الأخرى[2] فلا علاقة لها بموضوع البحث، فلا موجب للتطويل بإيرادها.

ومن هذا المعنى يَكُونُ مَعنى التأويل عاقبةَ الأَمْر وما يَؤُولُ إليه. قال ابن جرير الطبري: «وأَصْلُ التأويل من آلَ الشَّيْءُ إلى كذا إذا صار إليه، ورَجَعَ: يَؤُولُ أَوْلاً، وأَوَّلْتُهُ أَنَا: صَيَّرْتُهُ إِلَيْهِ»[3]، وهذا المعنى تُؤَيِّدُه كثير من الآيات، ومن ذلك قوله تعالى:﴿وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُۥٓ إِلَّا ٱللَّهُۗ﴾[4]، وقوله: ﴿وَقَالَ يَـٰٓأَبَتِ هَـٰذَا تَأْوِيلُ رُءْيَـٰىَ مِن قَبْلُ قَدْ جَعَلَهَا رَبِّى حَقًّاۖ﴾[5]، وقوله سبحانه:﴿هَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا تَأْوِيلَهُۥۚ يَوْمَ يَأْتِى تَأْوِيلُهُۥ يَقُولُ ٱلَّذِينَ نَسُوهُ مِن قَبْلُ قَدْ جَآءَتْ رُسُلُ رَبِّنَا بِٱلْحَقِّ فَهَل لَّنَا مِن شُفَعَآءَ﴾[6]، قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾[7]، وقوله

1 – ينظر: أساس البلاغة، 1/ 39 ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس، 1/ 159، والمصباح المنير للفيومي، 1/ 29، ولسان العرب 11 / 32، والقاموس المحيط، 3/ 458.

2- من معانيه الأخرى: الإصلاح والسياسة، يقال: آل الرجل رعيته يؤولها إيالة إذا أحسن سياستها، وكذلك معنى: الأهل الذين يؤول إليهم المرء، ومعنى: الخثُر، أي اجتماع اللبن بعضه إلى بعض. ينظر: المصادر اللغوية السابقة.

3- ينظر:جامع البيان في تأويل القرآن، لابن جرير الطبري 6/ 205.

4 – سورة آل عمران، الآية:7.

5- سورة يوسف، الآية:100

6- سورة الأعراف، الآية:53.

7- سورة النساء، الاية:59.

تعالى: ﴿بَلْ كَذَّبُواْ بِمَا لَمْ يُحِيطُواْ بِعِلْمِهِۦ وَلَمَّا يَأْتِهِمْ تَأْوِيلُهُۥ كَذَٰلِكَ كَذَّبَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ فَٱنظُرْ كَيْفَ كَانَ عَٰقِبَةُ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾[1].

فالتأويل في كل هذه الآيات معناه العاقبةُ والمَصِيرُ والمَرجِعُ.

قال الشيخ الشنقيطي في تفسير قوله تعالى:﴿وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُۥٓ إِلَّا ٱللَّهُ﴾: «**يُحتمل أن المراد بالتأويل في هذه الآية الكريمة التفسير وإدراك المعنى، ويُحتمَلُ أنَّ المرادَ به حقيقةُ أَمرِهِ التي يَؤُولُ إليها وقد قَدَّمنا في مقدمة هذا الكتاب أن من أنواع البيان التي ذكرنا أن كون أحد الاحتمالين هو الغالب في القرآن يُبَيِّنُ أن ذلك الاحتمالَ الغالبَ هو المرادُ؛ لأن الحملَ على الأغلب أولى من الحمل على غيره. وإذا عرفتَ ذلك، فاعلم أن الغالبَ في القرآن إطلاقُ التأويل على حقيقةِ الأمر التي يَؤُول إليها**»[2].

المآل اصطلاحا:

من خلال المعنى اللغوي، يمكن استنتاج المعنى الاصطلاحي لمفهوم المآل، ذلك أنه إذا كان مفهومُه اللغوي يُفِيدُ معنى العاقبة، فإنَّ المرادَ بالمآل اصطلاحا هو: **عاقبةُ ونتيجةُ الفعلِ المُتَرَتِّبةُ عليه سواء كانت خيراً أو شراً، وسواء كان مقصودةً لفاعل الفعل أم كانت غَيرَ مقصودةٍ منه**[3]، فذلك يعني رجوعَ الفعل إلى حالٍ ينتهي إليها من

1- سورة يونس، الآية:39.

2- ينظر:أضواء البيان في إيضاحالقرآن بالقرآن ،1/ 313

3 – ينظر: قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي، للدكتور محمود حامد عثمان، ص: 211.

صَلاحٍ أو فسادٍ[1].

١- تعريف اعتبار المآل لقبًا

لا نجد في كتب الحدود والتعريفات[2] تعريفًا اصطلاحيًا لمفهومِ اعتبارِ المآل، بالرغم من أن العلماء والفقهاء كانوا يعملون بمضمونه ومعناه ضمن القواعد الأصولية والفقهية التي كانوا يطبقونها في اجتهاداتهم مثل: سَدِّ الذريعةِ والاستحسانِ والحِيَل، وقواعِدِ: «**الأمور بمقاصدها**»، أو«**الأمور بعواقبها**»[3]، أو «**إذا تقابَل المبدأ والمنتهى فما المقدم منهما؟**»[4]، و«**المتوقع كالواقع**»[5]، و«**الضرر في المآل ينزل منزلة الضرر في الحال**»[6].

وبسبب عدم وجود تعريف لاعتبار المآل، أو مراعاة المآل، أو مآلات الأفعال، فقد حاول بعض المعاصرين في أبحاثهم أن يضعوا حدّاً اصطلاحيًا لهذا المفهوم الذي يعد منهجا أصيلا في النظر الاجتهادي؛ فاختلفت تعابيرهم وتباينت معانيهم، بين الموجِزِ والمُطيل، ولكنهم جميعًا لم يخرجوا عن الإطار النظري الذي خَلُصَ إليه الشاطبي في تأصيله لهذا الأصل الذي كان عليه عمل المفتين في فتاواهم. وليس هذا حكرا على المذهب المالكي، بل يشمل حتى

1 –ينظر: اعتبار المآل ومراعاة نتائج التصرفات، لعبد الرحمن معمر السنوسي، ص: 19.

2- مثل: حدود ابن عرفة وتعريفات الجرجاني وكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي.

3 – ينظر:المبسوط للسرخسي: 13/ 238، وكشف الأسرار للبزدوي: 4/ 369.

4 – ينظر:قواعد المقري: 603، القاعدة: 390، وتطلق بصيغة تقابل المبدأ والمنتهى.

5 – ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام: للعز بن عبد السلام، 1 / 92.

6 – ينظر: شرح الزركشي على الخرقي 2/ 193.

عمل مجتهدي المذاهب الأخرى.

ومن هذه التعاريف:

أ - تعريف الدكتور محمود حامد عثمان: يقول:«**اعتبار المآل: ملاحظته، والنظر فيه والاعتداد به في تكييف الفعل، وفي تقرير ما يتعلق به من الأحكام الشرعية**»[1].

ب - تعريف الدكتور فريد الأنصاري: قال عنه إنه: «**أصل كلي يقتضي اعتباره تنزيل الحكم على الفعل بما يناسب عاقبته المتوقعة استقبالا**»[2].

ج- تعريف بشير مولود جحيش: قال:«**التحقق والتثبت مما يسفر عنه تنزيل الحكم الشرعي على الأفعال من نتائج مصلحية أو ضررية تسهم في تكييف الحكم المراد سياسة الواقع به**»[3].

د - تعريف الدكتور عمر جدية: قال عنه:«**اعتبار ما يصير إليه الفعل أثناء تنزيل الأحكام الشرعية على محالها، سواء أكان ذلك خيرا أم شرا، وسواء أكان بقصد الفاعل أم بغير قصده**»[4].

هـ - تعريف الدكتور عبد الرحمن السنوسي: عرفه فقال:«**تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعي الذي يكون عليه عند تنزيله من حيث حصول مقصده والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء**»[5].

1 – ينظر: قاعدة سد الذرائع، ص: 212.
2– ينظر: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص:428
3- ينظر: في الاجتهاد التنزيلي، للدكتور بشير مولود جحيش، ص: 105.
4- ينظر: أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، للدكتور عمر جدية، ص:36.
5 – ينظر: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص: 19.

و- **تعريف الدكتور وليد بن علي الحسين:** قال: «**الاعتداد بما تفضي إليه الأحكام عند تطبيقها بما يوافق قصد الشارع**»[1].

تحليل التعاريف

1 - **تعريف الدكتور محمود حامد عثمان:** يربط الدكتور عثمان اعتبار المآل بمسألة التَّكْيِيفِ الفقهي في صورتها التنزيلية، وتقريرِ ما يتعلق بها من الأحكام الشرعية، سواء كانت أحكاماً نصيةً من القرآن أو السنة، أو كانت أحكاما تخريجية، فمآلُ الفعل هي صورتُه في الواقع، والثمرةُ المُتَفَصِّيَّةُ عنه، والحُكمُ عليه إما بسَلب المشروعية عنه وإما بإيجابها له.

فقد جمع هذا التعريف بين جانب: «**الباعثِ على الفعل المُحَرِّكِ للفاعل**»، وبين جانب «**النظرِ إلى مَنحى المصالح** التي هي المقاصد من معاملات الناس بعضهم مع بعض، والتي تكون مطلوبة بمقدار ما يناسب طلب هذه المقاصد أو إلى منحى المفاسد التي تكون محرمة بما يتناسب مع تحريم هذه المقاصد[2].

2 - **تعريف الدكتور فريد الأنصاري:** بنى الدكتور فريد رحمه الله تعريفه على خاصية الحاكمية التي يتميز بها هذا الأصل، وذلك باعتبارها تنتظم مجموعة من القواعد الاستدلالية التي أكسبته صفة الكلية والقطعية والشمولية لكل قضايا التنزيل، مما يجعله يساير

1- ينظر: اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، للدكتور وليد بن علي الحسين، ص: 37.
2 -ينظر: قاعدة سد الذرائع، ص: 212.

الواقع في صيرورته الحركية المتغيرة التي تؤثر في الحكم عند تنزيله وتكييفه على وفق الواقع[1]، وهذا ما يضفي على اعتبار المآل صبغة وظيفية تتمثل في الحكم على الحاضر باعتبار ما سيكون عليه في المستقبل.

3 - **تعريف الدكتور بشير جحيش:** ينطلق من تَحَقُّقِ العلاقة بين مقاصد الشريعة وأفعال المكلفين التي سَتُنَزَّلُ عليها الأحكام الشرعية باعتبارها وسائل هذه المقاصد، وهذا التعريف ليس تعريفا حديا لاعتبار المآل، فلم يُعْنَ الدكتور ببيان حقيقة اعتبار المآل كمعنى تركيبي، وإنما هو بيان لعمل المجتهد ونتيجته.

4 - **تعريف الدكتور عمر جدية:** يؤسس الدكتور عمر تعريفه هذا في جزء كبير منه على ما قرره الدكتور فريد الأنصاري رحمه الله، فالدكتور فريد الأنصاري يقرر أن قيمة المآل الاصطلاحية إنما تتحدد في اعتباره في النظر الاجتهادي ضمن سياق تنزيل الحكم على الفعل الذي هو محل الحكم، ولا كلام هنا عن الأحكام الشرعية المطلقة عن الزمان والمكان[2]، وهو نفس المنحى الذي ينحوه الدكتور عمر جدية، وذلك حين يقرر ارتباط التنزيل الفقهي بالوقائع والحالات المقصودة مع مراعاة الاعتبارات والملابسات المحيطة بها تحققا، أو توقعا وتحسبا ليحترز بذلك من المآلات المعتبرة في الأحكام الشرعية

1- ينظر: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص: 430.
2- ينظر: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص: 431.

الثابتة التي لا تخضع للظروف والتغيرات المختلفة[1]، هذا بالنسبة للشطر الأول من تعريف الدكتور جدية، أما الشطر الثاني فلا يخفى ما فيه من حضور قوي للشاطبي[2]، وخلاصة تعريفه أن المعول في اعتبار المآل على نتيجة الفعل وثمرته التي هي معيار الحكم عليه، غير أنه إذا كان الدكتور أولى العناية للفعل حين تنزيل الحكم عليه.

5 - **تعريف الدكتور السنوسي**: ينطلق من البعد المقاصدي والتنزيلي للأحكام، حيث إن مراعاة المآل عنده تتجاوز التعدية الآلية للأحكام دون النظر إلى الغايات والمقاصد، والتي قد تفضي إلى نقيض مقصود الشرع، لتشمل الاقتضاء التبعي الذي يجب أن يراعى كمعنى إضافي قائم بالأحكام، وذلك مثل الرُّخَص المشروعة مما يشعر بإمكانية الاجتهاد على وفق ذلك.

والتنزيل يتعلق بالجزئيات التي تشكل العوارض الفعلية للأمر في الواقع، بحيث تراعى عند التطبيق سلامة النتائج التي يجب بأي حال من الأحوال ألاَّ تُناقِضَ مَقصِدَ الشارع من الحكم الذي لا يمكن أن

1- ينظر: أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق، ص: 37.

2- يتمثل ذلك في استحضار معنى قول الشاطبي، وذلك حين قال:«النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعا لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى المفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعا من إطلاق القول بالمشروعية وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم مشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية» ينظر: الموافقات، 5/ 178.

يكون إلا وسيلةً لتحقيق ذلك المقصد؛ والبِناءُ على الاقتضاء التبعي يعني بِناءَ الحكم على وفق ما يقتضيه قصدُ الشارع من التكليف بالأحكام سواء لمنع المآل الضرري أو لترتيب الجزاء عليه.

وهذا التعريف أَدَقُّ من كُلِّ التعاريف السابقة، وذلك بالنظر إلى أنه يشمل تحقيق المناط الثابتَ بالنص أو الإجماع، وحتى الثابتَ بالاجتهاد، مما يَجعلُ المجالَ واسعا للتعامل مع القضايا المستجدة والنوازل الطارئة، ولا يخفى هنا ما للشاطبي من أَثرٍ في صياغته للتعريف، فالشاطبي يقرر أنه «**لا بد من اعتبار المسببات في الأسباب**»[1]، ومن ثم فالواجب تكييفُ الفعل بالمشروعية أو عدمِها في ضوء نتيجتِه المترتبةِ عليه وفق ما يقتضيه الشرع، ويظهر الأثر الشاطبي أيضا من خلال استعمال السنوسي لمفهوم تحقيق المناط الذي عرفه الشاطبي بقوله: «**أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله**»[2]، مما يعني أن مراعاةَ المآل هي تحقيقٌ لمناط الحكم سواء كان هذا المناط عامـًا أو خاصـًا.

6- **تعريف الدكتور وليد الحسين:** عبَّر عن اعتبار المآل بمعنى الاعتداد الذي هو إحدى ضمائمه اللغوية، والمقصود عنده هو أن يُعتدَّ عند الحكم على المكلف بما يفضي إليه الفعل، فيَكونُ الحكم الشرعي على الفعل مبنيا على اعتبار الأثر الذي يؤول إليه الفعل عند تنزيله وتطبيقه سواء تعلق الأمر بمراعاة المآل عند استنباط

1- ينظر: الموافقات، 5/ 178.

2 - ينظر: الموافقات، 5/ 12.

الحكم فيما لا نص فيه، أو عند تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع والمكلفين بالنظر إلى القرائن والملابسات المحتفة بحال المكلف وواقعه، بما يتحقق به قصد الشارع من جلب المصالح ودرء المفاسد عن المكلفين، وبما تتحقق به موافقة قصد المكلف لقصد الشارع[1].

وهذا التعريف لا يكاد يغاير تعريف الدكتور السنوسي إلا من حيث الصياغة، وإلا فإن معناهما متقارب، غير أن تعريف الدكتور وليد أكثر بساطة، بينما تعريف الدكتور السنوسي مركب من عدة مصطلحات أصولية يقتضي فهم معنى اعتبار المآل إدراك معانيها، وقد تنوعت بين مفهوم تحقيق المناط والاقتضاء التبعي. وظننا أن تعريف الدكتور وليد الحسين يمكن أن يكون تكملة لتعريف الدكتور السنوسي بل وشرحا له، خاصة وأن الدكتور وليد نفسه في كتابه اعتبار المآل لم يعترض على تعريف الدكتور السنوسي إلا من حيث الصياغة والإجمال والتفسير.

ثانيا: اعتبار المآل من الإعمال إلى الاصطلاح

١- مصطلح اعتبار المآل

حينما يجري الحديث عن نشأة مصطلح اعتبار المآل، فليس المقصودُ الكلامَ عن تأسيس مفهومٍ جديد على غير المعهود من فِعْل جهابذة الأصول والفقه ومقاصد الشريعة، إنما المرادُ الحديثُ عن نَسَقٍ جامع تَنْتَظِم تحته قواعد تَخضَعُ لها أنساقٌ كُلِّيةٌ وجُزئيةٌ أخرى.

1- ينظر: اعتبار مآلات الأفعال، ص: 37.

إن اعتبار المآل في نشأته الأولى ابتدأ تطبيقيا، ليصبح بعد ذلك أصلا نظريا كليا تندرج تحته قواعد وضوابط هي في استقلاليتها تشكل مرجعًا كُليًا بنفسها، لكن حين ترتبط باعتبار المآل تُكَوِّنُ العناصرَ الجُزئيةَ المُكَوِّنةَ لمفهومه.

وزيادة في التوضيح، فإن اعتبار المآل ابتدأ مع بداية الدعوة الإسلامية والمرحلة المكية، ذلك أن الرسول ﷺ كف أصحابه عن رد الأذى اعتبارا لحال المسلمين، ونظرا إلى العواقب التي قد تترتب عن هذا الفعل، وتتالى ذلك بنزول القرآن الكريم بأحكام ترتبت على مقتضى نتائج محددة، فقد نهى الله سبحانه وتعالى آدم عن الأكل من الشجرة فقال: ﴿وَقُلْنَا يَـٰٓـَٔادَمُ ٱسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ ٱلْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَـٰذِهِ ٱلشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ ٱلظَّـٰلِمِينَ﴾، وفي تعليق النهي بقربان الشجرة إشارة إلى منزع سد الذرائع[1]، كما نهى الله تبارك وتعالى عن سَبِّ آلهة المشركين[2]، ونهى النبيَّ عن الجهر في صلاته خشية انتقام المشركين منه إذا سمعوا قراءته، فقال

1- ينظر: تفسير التحرير والتنوير لمحمد الطاهر بن عاشور، 1/ 428.

2- المقصود قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللهِ فَيَسُبُّوا اللهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ «الأنعام: 108». قال ابن العربي: «منع الله في كتابه أحدا أن يفعل فعلا جائزا يؤدي إلى محظور، ولأجل هذا تعلق علماؤنا بهذه الآية في سد الذرائع وهو كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محظور، هذا يدل على أن للمحق أن يكف عن حق يكون له إذا أدى ذلك إلى ضرر يكون في الدين، وهذا فيه نظر طويل، اختصاره: أن الحق إن كان واجبا فيأخذه بكل حال، وإن كان جائزا ففيه يكون هذا القول والله أعلم»، ينظر: أحكام القرآن، لأبي بكر بن العربي، 2/ 265-266.

تعالى﴿ وَلَا تَجۡهَرۡ بِصَلَاتِكَ وَلَا تُخَافِتۡ بِهَا وَٱبۡتَغِ بَيۡنَ ذَٰلِكَ سَبِيلا ﴾[1] وذلك حتى لا يتوهم الكفار من الجهر بالقراءة تحككا أو تطاولا، وسدا لذريعة زيادة تصميمهم على الكفر[2]. ونهى عن السؤال عما سكت عنه الشرع فقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَسۡـَٔلُواْ عَنۡ أَشۡيَآءَ إِن تُبۡدَ لَكُمۡ تَسُؤۡكُمۡ وَإِن تَسۡـَٔلُواْ عَنۡهَا حِينَ يُنَزَّلُ ٱلۡقُرۡءَانُ تُبۡدَ لَكُمۡ عَفَا ٱللَّهُ عَنۡهَاۗ وَٱللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾ (المائدة: 101).

وفي القرآن الكريم آيات كثيرة غير ما سبق تضمنت مراعاة المآل بناء على سدِّ الذرائع، والنظرِ إلى النتائج التي قد تنتج عن أفعال العباد، أو سَمَّتِ الأشياء بمآلاتها، أو نَزَّلت السببَ منزلةَ المُسبَّب، والمُتوقَّع منزلة الواقع[3].

وفي السنة الشريفة، نجد أن النبي ﷺ قد راعى المآل في مواقف كثيرة، فقد امتنع النبي ﷺ عن إعادة بناء الكعبة على قواعد ابراهيم، وبين علة ذلك حين قال لأم المؤمنين عائشة رضي الله عنها فيما ترويه عنه: «لَوْلاَ حَدَاثَةُ عَهْدِ قَوْمِكِ بِالْكُفْرِ، لَنَقَضْتُ الْكَعْبَةَ وَلَجَعَلْتُهَا عَلَى أَسَاسِ إِبْرَاهِيمَ، فَإِنَّ قُرَيْشًا حِينَ بَنَتِ الْبَيْتَ اسْتَقْصَرَتْ، وَلَجَعَلْتُ لَهَا خَلَفًا»[4]، فقد كان امتناعه ﷺ مرده إلى استحضاره لواقع الحال الذي عليه الناس، وما يمكن أن يَنْتُجَ عن هذا الفعل من مآل غير

1- سورة الإسراء، الآية 110.

2- ينظر: تفسير التحرير والتنوير، 15/ 239.

3- كما سيأتي بيانه حين الحديث عن شواهد اعتبار المآل في المبحث الثالث من هذا الفصل.

4- رواه البخاري في كتاب الحج، باب فضل مكة وبنيانها، الحديث: 1585، ومسلم في كتاب الحج، باب: نقض الكعبة وبنائها، الحديث: 1333، واللفظ له.

محمود يتمثل في الاستهانة بالبيت وحُرمتِه.

وقد قال النبي ﷺ قال: «لاَ تُسَافِرُوا بِالْقُرْءَان، فَإِنِّي لاَ آمَنُ أَنْ يَنَالَهُ الْعَدُوُّ»[1]، وهذا نَظرٌ إلى المآلات واعتبارٌ لها في ظل الأحوال التي كانت وقتها.

والأحاديث في هذا الباب كثيرة، تضمنت الموازنة بين مصلحتين أو بين مفْسدتين، أو بين مصلحة ومفسدة، أو أباحت الممنوع لتوقف المشروع عليه، أو منعت المشروع لإفضائه إلى ممنوع.

وعلى ضوء مقاصد الكتاب والسنة، سار الصحابة في تعاملهم مع القضايا المستجدة والنوازل الحادثة، مراعين المآل ومستنبطين مسالك التعامل معها دون أن يكون لذلك إطار نظري ينتظم تلك القواعد التي طبقوها، وقد أبانوا عن فهم دقيق للشرع، وتطبيق أدق لمقتضياته واعتبارا لمقاصده وتحقيقا لها.

ولذلك كان اعتبار المقاصد ومدى تحققها في عصر الصحابة أكثر وضوحا منه في عهد النبي ﷺ، ومرد ذلك إلى طبيعة ونوع الحوادث والنوازل المستجدة[2] التي لم تكن في زمن النبي عليه السلام، فنَجِدُ في اجتهادات الخلفاء الأربعة الراشدين رضي الله عنهم[3] صورا كثيرة

1- رواه البخاري في كتاب الجهاد والسير، باب كراهية السفر بالمصاحف إلى أرض العدو، الحديث: 2990، ومسلم في كتاب الإمارة، باب النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار إذا خيف وقوعه بين أيديهم، الحديث: 1869، واللفظ لمسلم.

2- ينظر: الاجتهاد المقاصدي، 1/ 91.

3- فقد اجتهد أبوبكر في مسألة بناء على فقه الموازنات في عزمه الذي حمى الله به الإسلام حين قاتل أهل الردة، ومسألةجمع القرآن، وقد كان ذلك اعتبارا للمآل. ينظر: صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب قوله تعالى: «لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم» الحديث:

لاعتبار المآلات بالنظر إلى القضايا والحوادث المُلِمَّة التي أفتوا فيها بما اقتضاه واجبُ الحال أحيانا والمآل أحيانا أخرى.

وفي عصر التابعين، نحا كثير من أئمة الفتوى والاجتهاد منحى اعتبار المآل في الأحكام الاجتهادية مستقين منهجهم مما أفادوه من فقه الفتنة، من مقتل الخليفة عثمان رضي الله عنه سنة 35هـ إلى مقتل أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه سنة 40هـ، فقد ظهرت قضايا جديدة استدعت التعامل معها بفقه المقاصد وفقه المآلات نظرا لتغير الزمان، ولا أَصْدَقَ تعبيرا عن هذا الواقع من قول عمر بن عبد العزيز (101 هـ) حين قال: «**يحدث للناس من الأقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور**»[1].

4679. وتكاد اجتهادات عمر بن الخطاب التي راعى فيها المآلات تستأثر بالنصيب الأوفر من الاستشهادات والاستدلالات التي يوردها الفقهاء في كتبهم، وسترد بعض الأمثلة من ذلك في المبحث الموالي، ومثل إتمام عثمان الصلاة بمنى، ورجوعه عن ذلك. ينظر: مصنف عبد الرزاق في كتاب الصلاة، باب الصلاة في السفر، الحديث: 4277، وأبو داود في كتاب المناسك، باب: الصلاة بمنى، الحديث: 1964، وسنن البيهقي الكبرى، في كتاب الصلاة في جماع أبواب صلاة المسافر والجمع في السفر، باب: من ترك القصر في السفر غير رغبة عن السنة، الحديث: 5223، وكجمعه للقرآن وأمره بإحراق كل مصحف غير الذي بعث به إلى الأمصار، ينظر: البخاري، كتاب فضائل القرآن، باب جمع القرآن، الحديث: 4987، وأمره ببيع ضوال الإبل وقد أمر النبي ﷺ بتركها لفساد الزمان. ينظر: موطأ مالك، كتاب الأقضية، باب القضاء في الضوال، الحديث: 51. وغير ذلك من الوقائع التي أفتى فيه عثمان وحكم فيها باعتباره ولي الأمر، و ومثل اجتهاد علي في إحراق الزنادقة لما كان في ذلك من مصلحة للإسلام وأهله، ينظر: البخاري، كتاب استتابة المرتدين، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم، الحديث: 6922، وفتواه بتضمين الصناع كما سيأتي.

1- تنسب هذه القولة إلى عمر بن عبد العزيز، وبعض المصادر تنسبها إلى الإمام مالك، ينظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري،13 / 144، والحق أن مالكا كان يستحسن هذه العبارة من عمر بن عبد العزيز، لما فيها من موافقة لقواعد مذهبه المراعية للمصالح. ينظر: بُلغة السالك

وقد كان لأئمة التابعين أقوال وفتاوى اعتبروا فيها المآل، فالتابعي سعيد بن المسيب (94هـ) يُرسلُ لعمر بن عبد العزيز وقد طَرِب في قراءته يقول له: «أصلحك الله! إن الأئمة لا تَقرأ هكذا فتَركَ عُمَرُ التطريب بعد[1].

وهذا رَجَاءُ بنُ حَيَوَة (112هـ)[2] وهو سَيِّدٌ من سادات التابعين يَشِي به بَعضُ جُلاَّس الوليد بن عبد الملك(94هـ)[3] إليه، فَيَحلِفُ رجاءُ أنه ما قال الذي بلغ الوليد وهو قد قاله، فأمر الوليد بجلد الواشي سبعين سوطا، فقال الرجل وهو يُجْلدُ: «يا رجاءُ، بك يُستسقى المطر وسبعون سوطا في ظهري. فقال رجاء: سبعون سوطا في ظهرك خير لك من أن يُقتل مُسلم»[4].

إلا أن العمل بالمآلات لم يأخذ طابعا تقعيديا صِرفًا بحيث يُعمل به كقاعدة، إلا مع ظهور الأئمة المتبوعين من أصحاب المذاهب الأربعة أو حتى المذاهب التي اندرست، الذين لَمُّوا شَعَثَ القواعد

لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، للصاوي ، 4 / 108.. وإن كان الإمام ابن حزم شنع عليها تشنيعا كبيراً في كتابه الإحكام في أصول الأحكام، 6/ 264

1- ينظر: الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، 1/ 110

2- أبو نصر، أو أبو المقدام رجاء بن حيوة الكندي، ثقة من سادات التابعين وفقهائهم. ترجمته في: طبقات ابن سعد،7/ 316، والتاريخ الكبير للبخاري، 3 / 312، والثقات لابن حبان،4 / 237، وسير أعلام النبلاء للذهبي، 4/ 557، والوافي بالوفيات، لخليل بن أيبك الصفدي،14/ 70 .

3- أبو العباس الوليد بن عبد الملك بن مروان بن الحكم الأموي القرشي، خامس خلفاء بني أمية، وثالث خلفاء الفرع المرواني منهم، ولي الخلافة بعد أبيه عبد الملك بن مروان سنة 85هـ. ترجمته في:تاريخ دمشق لابن عساكر،63/ 164 ، وسير أعلام النبلاء، 4/ 347

4- ينظر: تاريخ دمشق لابن عساكر، 18/ 114، والجامع لأحكام القرآن، 10/ 190.

الأصولية والفقهية والمقصدية، وانتظموها تحت أصولٍ بَنَوْا عليها مذاهبهم، حيث بدأ الحديث عن مصطلحات جديدة كالتصرف بالمصلحة والتصرف بالقياس، والتصرف بالاستحسان، وهي مصطلحات مستمدة من الكتاب والسنة وفقه الصحابة[1]،ليست حكرا على مذهب معين، ولكن مراتب العمل بها تختلف من مذهب إلى آخر ومن إمام إلى إمام، بل إنها أصبحت سمة مميزة لبعضها مثل مذهب مالك مثلا.

ولعل الذي يدعم ما ورد ذكره، هو أن مالكا استقى مذهبه من نَبْعٍ عظيم هو فقهُ أهلِ المدينة المنورة عموما، وفقهُ عُمرَ بنِ الخطاب خصوصا، ولا أَدَلَّ على ذلك من أن عمر بن الخطاب كان أكثر الخلفاء الراشدين اجتهاداً نظرا لما مَيَّز خلافته من أحداثٍ جِسامٍ وتَوسُّعٍ عظيمٍ لرُقعة الإسلام نَتج عنه نوازل ووقائع حكَم فيها عمرُ باعتبار المقاصد والنظر في مآلات الأفعال وتنزيل الأحكام.

من هذا الفقه العظيم، استمد مالك أُسُسَ مذهبه، فجاءت قواعدَ مصلحية ومقصدية تتلاءم والبيئة التي نشأ فيها، فاجتهد في وضع الأصول و نَظر فيما ينبغي أن يكون حُجَّةً وما لا ينبغي أن يَكون، وقَرَّر مثلا أن عَمَلَ أهل المدينة حجةٌ، وكذلك الاستحسانُ عنده وسدُّ الذرائع، واعتمد مراعاة الخلاف وأَخَذَ بالعرف، ومَنَعَ الحِيَلَ، ولكنه

1- ينظر: الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه في الفقه الإسلامي، لعبد الرحمن زايدي، ص: 346.

لم يُصَرِّح بأنها أصول وقواعد مذهبه[1].

وبما أن مالكـاً لم يضع للأصول والقواعد التي وظفها في تأسيس مذهبه حداً اصطلاحيـاً، فقد أقبل أتباعه على الاستدلالِ ووَضْع تعريفات لها[2] خاصة بعد انتشار موطأ الإمام والمدونة اللذين كانا نَوَاةَ عَمَلِ فقهاء المالكية في المشرق والمغرب، وهنا نشير إلى جهود مالكية العِراق كأبي بكر الأبهري(375هـ)[3] وأبي القاسم بن الجلاب (378هـ)[4]، وابن القصار(398هـ)[5]، والباقلاني (403هـ)[6] وعبد الوهاب البغدادي (422هـ)[7] في تثبيت مذهب مالك حتى

1- مالك لم يصرح بما يفيد أن القواعد التي اعتمدها هي أصول مذهبه، لكنها ثبتت باستقراء علماء المذهب لأقواله وآرائه من خلال الموطأ ومدونة ابن القاسم والواضحة والعتبية والموازية، والتي هي أمهات دواوين المالكية، و لأبي بكر بن العربي موقف مخالف لهذا الرأي، إذ يجزم أن الموطأ جمع أصول المذهب، قال في أول شرحه للموطأ من كتابه القبس«هذا أول كتاب ألف في شرائع الإسلام وهو آخره، لأنه لم يؤلف مثله، إذ بناه مالك على تمهيد الأصول للفروع، ونبه على معظم أصول الفقه التي ترجع إليها مسائله وفروعه...» ينظر: القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، 1/ 75، والمسالك في شرح موطأ مالك له أيضا.، 1/ 330

2- ينظر: المحاضرات المغربيات، لمحمد الفاضل بن عاشور، ص: 74

3- هو أبو بكر محمد بن عبد الله الأبهري المالكي .تنظر ترجمته في: ترتيب المدارك للقاضي عياض،2 / 124،والديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون، 2/ 162، و شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمخلوف، ص:91/ 1.

4- هو أبو القاسم عبيد الله بن الجلاب البصري المالكي، تفقه بالأبهري. تنظر ترجمته في: ترتيب المدارك،2 / 216، والديباج، 1/ 397 وشجرة النور،1/ 92

5- هو القاضي أبو الحسن علي بن عمر بن القصار البغدادي المالكي. ترجمته في: الترتيب 2 / 214، والديباج، 2 / 78،و الشجرة، ص:1/ 92 .

6- هو أبو بكر محمد بن الطيب بن محمد الباقلاني، القاضي المالكي. تنظر ترجمته في: الترتيب 2 / 203، و الديباج، 2 / 179، و الشجرة 1 / 92.

7- هو أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر القاضي البغدادي.تنظر: ترجمته في: ترتيب المدارك، 2 / 272، والديباج،2 / 22، وشجرة النور، ص:2 / 103

صارت الرحلة إليهم، وكذا جهود مالكية الأندلس مثل الباجي (474هـ)[1] وابن رشد الجد (520هـ)[2] وابن العربي(543هـ)[3] في تأصيل مصطلحات سد الذرائع والاستحسان، وجهود القرافي المصري(684هـ)[4] في التقعيد الفقهي لقواعد المذهب وبيان الفروق بينها، وأثر أئمة المدرسة القيروانية التونسية كابن عبد السلام (749هـ)[5]، والقباب(779هـ)[6]، والفشتالي(779هـ)[7] وابن عرفة (803هـ)[8] في تأصيل مفهومي الاستحسان ومراعاة الخلاف، وهؤلاء الثلاثة لا يخفى دورهم في تغيير الشاطبي من موقفه من العمل

1- هو أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب التجيبي القرطبي الباجي .. تنظر ترجمته في: ترتيب المدارك، 2 / 347، والصلة لابن بشكوال، 1 / 317، والديباج، 1 / 330، وشجرة النور، 1/ 120

2- هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المشهور بالجد تمييزا له عن ابن رشد الحفيد الفقيه الفيلسوف تنظر ترجمته في: الصلة لابن بشكوال، 3/ 839، المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا، للنباهي، ص:1 / 111، والديباج المذهب، 2 / 195، وشجرة النور، ص:1 / 129

3- هو القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي المعافري الإشبيلي، تنظر في: الغنية فهرست شيوخ عياض،ص: 66، و الديباج 2/ 252، والشجرة:1 / 136-138

4- هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري. ينظر ترجمته في: الديباج، 1 / 216، والشجرة، 1 / 188.

5هو أبو عبد الله محمد بن عبد السلام بن يوسف الهواري التونسي المالكي تنظر. ترجمته في: الديباج، 2 / 262، ونيل الابتهاج بتطريز الديباج، لأحمد بابا التنبكتي، ص: 242، وشجرة النور، ص:1/ 210

6 - هو أبو العباس أحمد بن قاسم القباب الفاسي، ترجمته في: الديباج، 1 / 172، ونيل الابتهاج، ص: 72، والشجرة، ص:1/ 235

7- هو أبو عبد الله محمد بن أحمد الفشتالي. تنظر ترجمته في: شجرة النور الزكية، ص: 235.

8- هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة التونسي. تنظر ترجمته في: الديباج، 2 / 263، ونيل الابتهاج ص: 274، وشجرة النور، 1/ 227

بمراعاة الخلاف[1].

وهنا يكون البحث في اعتبار المآل قد بلغ الغاية في هذا المطلب، ذلك أن النُّضجَ الاصطلاحي لاعتبار المآل اكتمل بالحركة التجديدية التي قادها الشاطبي في التعامل مع أصول الفقه ومقاصد الشريعة. ولا ينبغي أن يفهم من هذا أن مصطلح «**المآل**» لم يكن معهود الاستعمالات في كتب المتقدمين، بل إنه كان حاضرا عندهم، لكنه كان يرد عندهم مجردا من السوابق واللواحق التي عرف بها فيما بعد، من قبيل «**مراعاة المآل**»، و«**مآلات الأفعال**»، و«**النظر في المآلات**»، و«**اعتبار** المآل»[2]. فقد استطاع الشاطبي رحمه الله أن يضع قواعد سد الذرائع والاستحسان والحيل ومراعاة الخلاف في إطار نسقي واحد، وهي كلها مصطلحات قد بلغت النضج قبل زمن الشاطبي[3].

ولم يكن هذا الإطار النسقي مجرد إطار نظري فقط، أو مجرد نتاج لمسائل تلاق بين هذه القواعد، فقد اعتمد هذا النسق وهو يعمل على صياغة نظرية اعتبار المآل عبر مسلك الاستقراء[4] المفيد للقطع،

1- ينظر: الاعتصام للشاطبي، ص: 477، والمعيار المعربللونشريسي، 6/ 378، وينظر كذلك: شرح حدود ابن عرفة للرصاع، 1/ 264

2- ينظر: الاصطلاح الأصولي عند الشاطبي، ص: 445.

3- مع إمكانية استثناء مصطلح مراعاة الخلاف الذي كان الشاطبي من معارضي العمل به ولم يتضح مفهومه عنده، ولم تستبن لديه علاقته بالاستحسان إلا بعد مراسلات طويلة مع بعض شيوخ عصره وخاصة مع الإمامَ أبي العباس القباب، والإمام أبي عبد الله الفشتالي، وأبي عبد الله بن عرفة. ينظر: الاعتصام، ص:477-478، والمعيار المعرب عن فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب، 6 / 387.

4- ينظر الموافقات، 1/ 9. ومفهوم الاستقراء عند المناطقة:«الحكم على كلي لوجوده في أكثر جزئياته، أو أنه تصفح الجزئيات لإثبات حكم كلي» ينظر: تحرير القواعد المنطقية لقطب الدين

باعتباره أهم وأقوى طريق لمعرفة وإثبات مقاصد الشريعة عنده، فهو«**يتتبع الظنيات في الدلالة أو في المتن أو فيهما، والوجوه العقلية كذلك، ويضم قوة منها إلى قوة، ولا يزال يستقري حتى يصل إلى ما يعد قاطعا في الموضوع...**»[1].

وأَوَّلُ استعمالٍ لمصطلح المآل في موافقات الشاطبي نجدُه في قوله: «**فإذا نظر المتسبب إلى مآلات الأسباب، فربما كان باعثا له على التحرز من أمثال هذه الأشياء**»[2]. وفي موضع آخر يقول:«**ومن تَتَبَّعَ مآلات اتباع الهوى في الشرعيات وجَد من المفاسد كثيرًا، وقد تقدم في كتاب الأحكام من هذا المعنى جملة عند الكلام على الالتفات إلى المسببات في أسبابها**»[3].

ثم يقول وهو يتناول النوع الرابع من أنواع مقاصد الشارع، وهو: في بيان قصد الشارع في دخول المكلف تحت أحكام الشريعة:«**مآل الأعمال التكليفية أن يجازى عليها، وقد يجازى الإنسان على ما لم**

الرازي، ص: 165. أما عند الأصوليين، فقد عرفه الزركشي بأنه:«تصفح أمور جزئية ليحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات وينقسم إلى تام وناقص فالتام إثبات الحكم في جزئي لثبوته في الكلي على الاستغراق وهذا هو القياس المنطقي المستعمل في العقليات وهو حجة بلا خلاف... والناقص إثبات الحكم في كلي لثبوته في أكثر جزئياته من غير احتياج إلى جامع وهو المسمى عندالفقهاء بالأعم الأغلب وهذا النوع اختلف فيه والأصح أنه يفيد الظن الغالب ولا يفيد القطع لاحتمال تخلف بعض الجزئيات عن الحكم. ينظر: البحر المحيط، للزركشي، 4/ 321

1- مقتطف من تعليق للشيخ عبد الله دراز على قولة للشاطبي في بيان كيفية اقتناص القطع من الظنيات. ينظر: الموافقات بتعليق الشيخ عبد الله دراز، 4/ 42

2- ينظر: الموافقات، 1/ 363

3- نفسه، 2/ 299

يعمل، خيرا كان الجزاء أو شرًّا، وهو أصل متفق عليه في الجملة»[1].

وبعد حديث الشاطبي عن مقاصد الشارع من الأحكام العادية والعبادية وكونِهَا أصليةً وتابعةً وثابتةً إما بالنص أو بالاستقراء، ضَرَبَ مثلا بالنكاح وما يُقصَدُ منه من الإحصان والاستمتاع والتناسل، وما يَتبَعُ ذلك من مقاصدِ المُصاهرةِ وتقويةِ الصِّلات النَّسَبِيَّة يقول:«**وعند ذلك يتبين أن نواقضَ هذه الأمور مضادةٌ لمقاصد الشارع بإطلاق، من حيثُ كان مآلها إلى ضد المواصلة والسكن والموافقة**»[2].

وعند التطرق إلى فصل الأوامر والنواهي قال:«**الأمر والنهي يتواردان على الفعل وأحدهما راجع إلى جهة الأصل، والآخر راجع إلى جهة التعاون، هل يعتبر الأصل أو جهة التعاون؟ أما اعتبارهما معا من جهة واحدة فلا يصح، ولا بد من التفصيل، فالأمر إما أن يرجع إلى جهة الأصل أو التعاون، فإن كان الأول فحاصله راجع إلى قاعدة سد الذرائع؛ فإنه منع الجائز، لئلا يتوسل به إلى الممنوع، وقد مر ما فيه، وحاصل الخلاف فيه أنه يحتمل ثلاثة أوجه:**

ـ أحدها: اعتبار الأصل، إذ هو الطريق المنضبط والقانون المطرد، والثاني: اعتبار جهة التعاون، فإن اعتبار الأصل مؤدٍ إلى المآل الممنوع، والأشياء إنما تحل وتحرم بمآلاتها، ولأنه فتح باب الحيل...

والثالث: التفصيل، فلا يخلو أن تكون جهة التعاون غالبة أو لا، فإن كانت غالبة فاعتبار الأصل واجب، إذ لو اعتبر الغالب هنا لأدى إلى

1- نفسه، 2/ 391

2- نفسه، 3/ 139-140

انخرام الأصل جملة وهو باطل، وإن لم تكن غالبة فالاجتهاد...»[1].

ثم يقول بعد طُولِ تفريعِ وطَيٍّ ونَشْرٍ: «**ولما كانت النفوس من شأنها طلب النتائج والمآلات، وكان مآل الأعمال عائدًا على العاملين، بحسب ما كان منهم من طاعة أو معصية، وانْجَرَّ مع ذلك التبشير والإنذار... وأن الدنيا ليست بدار إقامة، وإنما الإقامة في الدار الآخرة**»[2].

ثم قال وهو يتحدث عن أنواع الترك:«**وأما الثالث؛ فهو من الرفق المندوب إليه؛ فالترك هنالك مطلوب، وهو راجع إلى أصل الذرائع إذا كان تركًا لما هو مطلوب خوفًا مما هو أشد منه، فإذا رجع إلى النهي عن المأذون فيه خوفًا من مآل لم يؤذن فيه؛ صار الترك هنا مطلوبًا**»[3].

وكأن الشاطبي بكثرة إيراده للفظ المآل يريد أن يقود القارئ إلى بيت القصيد، فقد كانت المسائل التسع[4] التي تناولها تمهيداً لتقرير

1- نفسه، 3/ 564-566.

2- نفسه، 4/ 205

3- نفسه، 4/ 429.

4- قدم الشاطبي لمبحثه عن النظر في المآلات في المسألة العاشرة، بتسع مسائل مرتبطة فيما بينها، هي كالآتي:

ـ **المسألة الأولى**: في أضرب الاجتهاد، بين فيها أن الاجتهاد على ضربين، أحدهما لا ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، وهو الاجتهاد بتحقيق المناط، والثاني: يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا. ينظر: الموافقات، 5/ 11

ـ **المسألة الثانية**: في: لمن تحصل درجة الاجتهاد، بين فيها أن درجة الاجتهاد تحصل لمن اتصف بوصفين، أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها، والثاني: التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها. ينظر: 5/ 42

ـ **المسألة الثالثة**: رجوع الشريعة كلها إلى قول واحد في فروعها، وإن كثر الخلاف في أصولها،

ما يتقصده من تفريعه، حيث يقرر مباشرة أن: «**النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعًا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة...**»[1]، ليعلن في المسألة العاشرة عن أصل اعتبار مآلات الأفعال؛ وليتوسع بعد ذلك في الاستدلال لأصل اعتبار المآل، وبيان القواعد المندرجة تحته، مستكملا بذلك جزءا من عناصر النظرية التي يسعى إلى تأصيلها.

2ـ الاستعمالات ذات الصلة بمبدأ اعتبار المآل

يُعَدُّ الشاطبي أكثر العلماء استثماراً لمصطلح المآل، لكنه لم يقف وهو يقعد لهذا المبدأ ويستدل له عند حد وضع مفهوم له، بل إنه تعدى ذلك إلى تحديد مصطلحات أخرى هي ذات صلة ورحم

وقد استدل على ذلك بأدلة كثيرة، وتطرق فيها إلى قضية التخطئة والتصويب في الاجتهاد. ينظر: 5 / 59.

ـ **المسألة الرابعة**: محال الاجتهاد المعتبر، وهي ما ترددت بين طرفين وضح فى كل واحد منهما قصد الشارع فى الإثبات فى أحدهما والنفي فى الآخر؛ فلم تنصرف البتة إلى طرف النفي ولا إلى طرف الإثبات.ينظر: 5/ 114

ـ **المسألة الخامسة**: اشتراط العلم بالعربية في الاجتهاد، وعدم اشتراط ذلك إن تعلق الاجتهاد بالمعاني في المصالح والمفاسد مجردة عن اقتضاء النصوص، لأنه فقط يلزم العلم بمقاصد الشرع من الشريعة جملة وتفصيلا. ينظر: 5 / 124..

ـ **المسألة السادسة**: تعلق الاجتهاد بتحقيق المناط الذي لا يشترط فيه العلم بالعربية ولا بالمقاصد إنما الشرط العلم بالموضوع، أي موضوع الحكم على ما هو عليه.ينظر: 5 / 128.

ـ **المسألة السابعة**: الاجتهاد الواقع في الشريعة ضربان: اجتهاد معتبر شرعا صادر من أهله، واجتهاد غير معتبر صادر عمن ليس بعارف بما يفتقر إليى الاجتهاد.ينظرك 5 / 131.

ـ **المسألة الثامنة**: أسباب الخطأ في الاجتهاد، إما بخفاء بعض الأدلة حتى يُتوهم فيها ما لم يقصد، وإما بعدم الاطلاع عليها جملة، ينظر:5 / 132

ـ **المسألة التاسعة**: فيمن يُعتقد فيه أو يعتقد في نفسه أنه من أهل الاجتهاد، فيخالف الشريعة في جزئياتها وفي كلياتها، فيهدم الكلي بأخذه بالجزئي دون تبصر واتباعا للأهواء الكامنة في النفوس، ينظر:5 / 142..

1- ينظر: الموافقات، 5/ 177.

بمبدأ مراعاة المآل، إن لم تكن من صميم معناه، هذا بالإضافة إلى ضمائم أخرى يذكرها الشاطبي إطلاقا وتقييدا وهو لا يقصد بها إلا عين مراعاة المآل[1].

و الملاحظ أن مبدأ المآلات حاز اهتمامـًا كبيراً من الشاطبي رغم أن الصفحات التي تناول فيها مفهومه وما يندرج تحته قليلةٌ جداً لا تقارن بما حَبَّرَهُ وهو يضع الإطار المفاهيمي لمقاصد الشريعة؛ مما يعني أن لهذا المبدإ قيمةً ووضعـًا مؤثراً في النظر المقاصدي، غير أن قلة عدد الصفحات التي صرح فيها الشاطبي بمصطلح المآلات لا تعني أنه لم يتناوله إلا في هذا الإطار، بل إنه كلما احتاج إلى توظيفه رجع إليه من خلال مصطلحات هي مرادفاته أو ذات علاقة به ومن ذلك:

1- **المسبّب:** يكثر الشاطبي من استعماله مصطلح المسبّب، وهو يقصد به عين معنى المآل، فيقول مثلا:«**المسببات هي مآلات الأسباب فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب، وهو معنى النظر في المآلات**»[2].

1- جريا في هذا على عادته بعدم العناية بالحد الاصطلاحي، والاهتمام ببيان المفهوم من خلال تفصيل النظريات والقواعد المتصلة به. الذي تنبغي الإشارة إليه، أن الشاطبي لم يُعْنَ بوضع حد لمفهوم المقاصد، وهذا ربما كان سببه أنه كان يرنو إلى مشروع تجديدي لأصول الفقه موجه للعلماء، إذ قرر أن شرطه في كتابه الموافقات فقال:«ولا يسمح للناظر في هذا الكتاب أن ينظر فيه نظر مفيد أو مستفيد حتى يكون ريان في علوم الشريعة، أصولها وفروعها، منقولها ومعقولها، غير مخلد إلى التقليد والتعصب للمذهب».ينظر: الموافقات،1 / 124.

2 – ينظر: الموافقات، 1/ 178.

2- **مآل العمل:** يقول: « **مآل الأعمال إنما أن تكون معتبرة شرعا أو غير معتبرة، فإن اعتبرت فهو المطلوب، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال، وذلك غير صحيح**»[1].

3- **مآلات الأدلة:** قال:«**الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة، إلا أنه نظر إلى لوازم الأدلة ومآلاتها** »[2].

4- **مآلات الأفعال:** يقول: «**النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا**»[3]. وهي الجملة الوحيدة في الموافقات التي وردت بهذه الصيغة.

5- مآلات الأحكام: يقول: «**ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة... وهذا الذي قال هو نظر في مآلات الأحكام، من غير اقتصار على مقتضى الدليل العام والقياس العام**»[4].

6- **النتيجة:** يقول:«**ولما كانت النفوس من شأنها طلب النتائج والمآلات...**»[5].

7- **لازم الدليل:** يقول:«**الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة، إلا أنه نظر إلى لوازم الأدلة ومآلاتها**» [6].

8- **مآل المكلف:** يقول:«... **وذلك أن مصالح العباد إما دنيوية، أو أخروية، أما الأخروية: فراجعة إلى مآل المكلف في الآخرة ليكون من**

1 - نفسه: 5/ 179، و 2/ 391، و 4/ 205.
2 - نفسه: 5/ 199
3 - نفسه: 5 / 177
4 - نفسه: 5/ 198
5 - نفسه: 4/ 205
6 - نفسه: 5/ 199

أهل النعيم لا من أهل الجحيم»[1].

إن الحديث عن مفهوم اعتبار المآل أثبت أن لهذا المبدأ قيمة في عمل المفتين والمجتهدين، وهذه القيمة تستند في تأصيلها إلى نصوص القرآن الكريم والسنة الشريفة، وعمل فقهاء الصحابة.

ثالثا: شواهد مشروعية العمل باعتبار المآل

1-من شواهد العمل بمبدأ المآلات في القرآن الكريم

في القرآن الكريم عدة شواهد على مشروعية العمل بمبدأ مراعاة المآل، ولكثرة هذه الشواهد، سنقتصر في هذا المطلب على الآيات ذات الطابع الفقهي المحض تجنبا للإطالة ارتباطا بالبعد الفقهي والأصولي الخالص الذي يسير فيه البحث، وليس الغرض هنا الاستقصاء والاستقراء، وإنما التمثيل والبيان.

أ- المنع من تزوج أكثر من أربع:

يقول الله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟﴾[2].

رتبت هذه الآية الحكم على مقتضى النتيجة، فهي وإن تضمنت إباحة التعدد، فقد حصرت عدد النسوة اللاتي لا يجمع الرجل في عصمة واحدة أكثر منه، ذلك أن الرجل يَعْجِزُ عن القيام بالواجب الشرعي نحو زوجاته، ويُخِلُّ بمبدأ العدل الذي هو أصل الأحكام،

1 - نفسه: 5/ 178

2 - سورة النساء الآية 3.

بله عليه يقوم الكون كله، ولا يُعْقل في شريعة قوامها الخير والبِر والعدل أن تُحرِّم أمرا ثم تَترك وسائله وأبوابه مفتوحة[1].

ومن هنا كان المنع من أكثر من أربع لكي لا يُتَّخذ ذلك ذريعة إلى الجور، أو ذريعة إلى كثرة العيال، والمؤْنة المفضية إلى أكل الحرام، وإباحةُ الأربع وإن كان في حَدِّ ذاته لا يُؤمن معه الجَوْر، لأن الحاجة قد لا تَندفع بما دُونَهُنَّ، فكانت مفسدة الجَوْر المتوقعة أضعف من مصلحة الإباحة الواقعة [2].

ب- النهي عن عقد النكاح في وقت العدة:

يقول **تعالى**:﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۚ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ۚ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِىٓ أَنفُسِكُمْ فَٱحْذَرُوهُ ۚ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾[3].

تضمنت الآية نهيـاً عن عَزْمِ عُقْدَةِ النكاح، والعزم هو مقدمة النكاح، وقد قرر الأصوليون أن مقدمة الشيء تلحق به[4] فالنهي عن مقدمة الشيء نهي عن الشيء، فإذا كان العزم منهيا عنه فأحرى أن ينهى عن العقدة[5].

1 - ينظر: سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، لمحمد هشام برهاني، ص: 351.
2 - ينظر: إعلام الموقعين، 3/ 140، و المرجع السايق، ص: 390.
3 - سورة البقرة، الآية: 235.
4- ينظر: المستصفى للغزالي، ص: 293.
5- ينظر: تفسير البحر المحيط، لأبي حيان الأندلسي،2/ 525.

وهنا تأتي قاعدة المعاملة بنقيض القصد، إذ قد يقصد الرجل والمرأة كلاهما من وراء العقد أثناء العدة أن يَجعلا منه ذريعةً إلى الوطء، وقد تَكذب المرأة في انقضاء عدتها ممالأةً للرجل، فَتُخلَّ بمُدتها التي أوجبها الله وبحق الزوج السابق، فقصد الشارع من هذا حماية أن يكون التعجل ذريعة إلى الوقوع فيما يعطل حكمة العدة، إذ لعل الخوض في ذلك يتخطى إلى باعث تعجل الراغب إلى عقد النكاح على المعتدة بالبناء بها[1] «ومعناه: ولا تعزموا وجوب النكاح لأن القصد إليه حال العدة يفيد مزيد تحريك من الجانبين بحيث لا يطاق معه الصبر إلى انقضاء العدّة»[2]، ولذلك «**صَحَّ تَعَلُّقُ النهي بالعزم لأنه من الأفعال الباطنة الداخلة تحت الاختيار ولذا يُثاب على النية**»[3].

ج – جلد من لم يأت بأربعة شهداء في تهمة الزنا حدا:

يقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ﴾[4].

نظراً لما يَلحق المشهود عليه بالزنا من الفضيحة ولما يَلتصق بأهله من العار، في هذه الآية ألزم الشرع المكلفين بقاعدة الاحتياط مراعاة

1- ينظر: تفسير التحرير والتنوير،2/ 454

2- ينظر: تفسير محاسن التأويل، للقاسمي، 2/ 159

3 -ينظر: روح المعاني للألوسي، 2/ 152

4 – سورة النور، الآية: 4.

للمآل، وذلك بتكثير عدد الشهود في إثبات تهمة الزنا، يقول الإمام ابن رشد الجد رحمه الله في بيان تعليل تكثير الشهود في الزنا: «**وقد قيل في اختصاص الشهادة في الزنى بأربعة شهداء من بين سائر الأشياء غير ما وجه، منه أن القاذف لا ضرورة به إلى القذف فغلظ عليه في ذلك بزيادة عدد الشهود ليتعذر عليه غالبا فيحد فيكون ذلك ردعا له عن معاودة القذف ودفعا للمضرة عن المقذوف، ومنه أن الإنسان مأمور بالستر على نفسه وعلى غيره، فلما لم يكن على الشهود بالزنى القيام بشهادتهم فقاموا بذلك من غير أن تجب عليهم وتركوا ما أمروا به من الستر غلظ عليهم في ذلك سترا من الله على عباده**»[1].

د - إطلاق بلوغ الأجل على قرب انقضائه في عدة الطلاق:

يقول الله تعالى:﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًاۚ وَٱذْكُرُواْ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾[2].

هذه الآية جعلت المتَوَقَّعَ بمَنزِلةِ الواقع، ذلك أن الأجَلَ المقصودَ في الآية ليس هو انقضاء الأجل تماما، وإنما القصدُ أن يبقى من العدة ما يكفي لأن يُراجع الزوج زوجتَهُ، لأنها بعد انقضاء الأجل تَبِينُ منه،

1- ينظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد الجد،3/ 256.

2 – سورة البقرة، الآية: 231.

والأجلُ يُطْلَقُ على المدة كُلِّها ويُطْلَقُ على آخرها[1].

قال ابن عاشور: «**وقوله «فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنّ» مُؤْذِنٌ بأن المراد وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ «طلاقا فيه أجل، والأجل هنا لما أضيف إلى ضمير النساء المطلقات عُلِم أنه أَجَلٌ معهود بالمضاف إليه، أعني أجلَ الانتظار وهو العِدَّةُ وهو التَّرَبُّصُ في الآية السابقة، وبلوغُ الأجل: الوصول إليه والمراد به هنا مشارفة الوصول إليه بإجماع العلماء؛ لأن الأجل إذا انقضى زال التخيير بين الإمساك والتسريح وقد يطلق البلوغ على مشارفة الوصول ومقاربته توسُّعـًا أي مَجازاً بالأول**»[2].

ووَجْهُ الدلالة في الآية أن الله يخاطب الأزواج المطلقين لزوجاتهم بالنهي عن إطالة العدة على المرأة بُغْيَةَ المُضارَّة بها، وذلك بأن يرتجع المرأة قرب انقضاء عدتها، ثم يطلق بعد ذلك ليستأنف عدة جديدة وهكذا.

2- من شواهد العمل بمبدأ المآلات في السنة النبوية

اعتنت السنة بالمآلات وعملت بها، فقد تضمنت سنة النبي ﷺ أحاديث كلها تدل على أن العمل بمراعاة المآل هو من مقتضيات النظر المصلحي، وتحقيق مقاصد الشارع التي توخاها من أحكامه، ومن ذلك:

1- ينظر: تفسير الكشاف، للزمخشري، 2/ 452

2- ينظر: تفسير التحرير والتنوير للإمام الطاهر بن عاشور، 2/ 421.

أ- تحريم الأسباب المؤدية إلى الزنا:

- روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم**»[1].

لما كان للزنا وسائله وذرائعه، فإن الإسلام حَرَّمَ كل وسيلةٍ موصلةٍ إليه، واعتبارا لأن المقاصد لا يُتوصل إليها إلا بأسباب وطُرُقٍ تُفضي إليها، فإن الطرق والأسباب تابعة لها في الحِرمة، سداً للذرائع المفضية إلى المحارم، ومن هذه الذرائع ما ثبت عنه عليه السلام من تحريم الخلوة بالأجنبية ومن في حُكْمها ولو في إقراء القرآن، أوالسفر بها إلى الحج وذلك سداً لذريعة ما يخشى منه من الوقوع في الفتنة وحسمـًا لمادة وسائل الفساد، ودفعـًا لها متى ما كان الفعل وسيلة للمفسدة وإن كان فيها سالمـًا من فترة من الفترات.

قال ابن الجوزي(597هـ) رحمه الله: «**علة هذا النهي ظاهرة، وهو أن الطباع تدعو إلى ما جبلت عليه، والحياء يكف مع مشاهدة الخلق، فإذا كانت الخلوة عدم الحياء المانع، فلم يبق إلا المانع الديني، والإنسان يجري مع طبعه من غير تكلف، ويعاني مخالفة هواه حفظا للدين بكل كلفة، فالطبع كالمنحدر، والتقوى كالمداد، وقد تضعف قوة هذا الذي يمد، أو يشتد جريان المنحدر، ثم لو قدرنا السلامة من الفجور ففكر النفس في تصوير ذلك لا ينفكان منه أو أحدهما، فحسن**

1 - رواه البخاري في كتاب النكاح، باب: لا يخلون رجل بامرأة إلا ذو محرم، الحديث 5233، ومسلم في كتاب الحج، باب سفر المرأة مع حج وغيره، الحديث رقم 1341.

الزجر عن ذلك»[1].

ب – النهي عن تلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي:

عن ابن عباس أن النبي ﷺقال: «**لا تَلَقَّوا الركبان، ولا يبع حاضر لباد،قال الراوي: فقلت لابن عباس: ما قوله: لا يبيع حاضرٌ لِبَادٍ؟ قال: لا يكون له سمسارا»**[2].

هذا الحديث ينهى عن تلقي الركبان الذين يَجْلِبُون السِّلع إلى البلد، وعلة النهي عن تلقي الركبان هو دفع الضرر عن الركبان أولاً، لأن المشتري منهم قَبْل دخول البلد يَعلَم سِعْر السلعة والركبان لا يعلمونها فَيَستَغِلُّ جَهْلَهُم بذلك، ثم إنه يَحْتَكِر السلعة وقد يُضَارب فيها، وهذا يَؤُولُ بالضَّرر على كل السوق، ووجه ذلك أن هذا فيه مضرة عامة على الناس لأن من تلقاها أو اشتراها غلاها على الناس وانفرد ببيعها، فمنع من ذلك ليصل بائعوها بها إلى البلد فيبيعونها في أسواقها فيصل كل أحد إلى شرائها والنيل من رخصها[3].

وعلة النهي في تلقي الركبان هي نفسها علة النهي على ألا يبيع حاضر لباد بمعنى ألا يكون له دلالا وسمسارا، فالراكب يأتي وغَرَضُه بيعُ سلعته والرجوع من ساعته، بينما الحاضر يُغْرِيه بأن يَتْرُكَها له يَبِيعُها فَيُمْسِكُهَا أياما، فَيَضُر بالبائع وبالناس، هذا بالإضافة إلى اعتبار

1- ينظر: كشف المشكل من حديث الصحيحين،2/ 343.

2 – رواه البخاري في كتاب البيوع، من طريق ابن طاووس عن أبيه،باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر الحديث رقم: 2158، ومسلم في كتاب البيوع باب تحريم بيع الحاضر للبادي، الحديث رقم: 1521.

3- ينظر: المنتقى شرح الموطأ، للإمام أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، 5/ 101.

القصد الفاسد عند المتلقي، لأنه ما تلقى الراكب إلا ليَغْبُنَه، قال ابن بطال (449هـ)[1]: «**ومن يتلقاه فإنما يَقْصِدُ الغَبْنَ والاسترخاص**»[2].

ج - النهي عن الصلاة والمؤذن يقيم:

ـ عن مالك بن بجينة رضي الله عنه أن النبي ﷺ مر برجل يصلي، وقد أقيمت صلاة الصبح، فكلمه بشيء لا ندري ما هو، فلما انصرفنا أحطنا نقول: ماذا قال لك رسول الله ﷺ؟ قال: قال لي: «**يوشك أن يصلي أحدكم الصبح أربعا**»[3].

هذه إشارة إلى أن علة المنع من النافلة وقد أقيمت صلاة الفريضة حماية للذريعة لئلا يطول الأمر ويكثر ذلك فيظن الظان أن الفرض قد تغير»[4]، بحيث يتطاول الزمان فيظن وجوبها[5]، وهناك علة أخرى يراعى من أجلها المآل، وهي أن يتفرغ للفريضة من أولها فيشرع فيها عقب شروع الإمام وإذا اشتغل بنافلة فاته الإحرام مع الإمام وفاته

1 - هو أبو الحسن علي بن خلف بن بطال البكري، يعرف بابن اللحام، القرطبي البلنسي المالكي، قال الحجوي إنه توفي سنة 444هـ. ترجمته في: ترتيب المدارك، 2 / 365، والصلة لابن بشكوال، 2 / 602، والديباج المذهب، ص: 2 / 83، وشجرة النور، 1/ 115، والفكر السامي، 2/ 210

2 - ينظر: شرح ابن بطال على صحيح البخاري، 6/ 247

3- رواه البخاري، كتاب الصلاة، باب: إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة، الحديث رقم: 663، ورواه مسلم، كتاب الصلاة، باب كراهة الشروع في نافلة بعد شروع المؤذن، الحديث رقم: 711، واللفظ له.

4- ينظر: إكمال المعلم بفوائد مسلم، 1/ 299.

5- ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم للنووي،5 / 223، وفتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني،2/ 150

بعض مكملات الفريضة فالفريضة أولى بالمحافظة على إكمالها[1].

د- الأمر بالنظر إلى المخطوبة:

عن أنس بن مالك أن المغيرة بن شعبة قال: «خَطَبْتُ امْرَأَةً عَلَى عَهْدِ رَسُولِ الله ﷺ فقال النبي ﷺ: «**أَنَظَرْتَ إِلَيْهَا ؟** قُلْتُ: لاَ! قَالَ: «**فَانْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أَجْدَرُ أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا**»[2].

هذا الحديث استثناءٌ من المنع العام من نَظَرِ الرجل إلى المرأة الأجنبية عنه، وترخيصٌ في الممنوع لِتَوَقُّفِ المشروع عليه، وهو نَوعٌ من الرخص لا تَسقطُ حِرمَتُهُ بِحَالٍ، أي أن الفعل يبقى حراما لكن رُخِّصَ في الإقدام عليه لِضرورةٍ، فأَثَرُ الرخصة في تغيير حكم الفعل وهو المؤاخذة فقطلا في تغيير وَصْفِهِ أي حِرْمَتِهِ[3]، وإنما ثَبَتَتْ هذه الرخصة لما يتوقف عليها من مقاصد النكاح، إذ قد يتزوج الرجل امرأة لم يسبق له رؤيتها، ولم يسبق لها هي أيضا أن رأته، فتحصل من ذلك نَفْرَةٌ بينهما، بأن لا يُعْجِبَ أحدهما الآخر، ولا يُحَقِّقَ له الإعفافَ المقصودَ من الزواج، وحَسْماً لأسباب الطلاق وذرائع الفُرقة أن تُعاجِلَ هذه العلاقةَ الناشئة غَلَّبَ الشارع مقاصدَ المآل على المفسدة

1- ينظر: شرح النووي على مسلم،5/ 223

2 - أخرجه النسائي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، في إباحة النظر إلى المرأة قبل تزويجها، ارقم 5346،والترمذي في الجامع، كتاب النكاح، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، رقم 1087 وحسنه، وابن ماجهفي السنن، كتاب النكاحباب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، 1865.

3 - ينظر: الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية، للدكتور عمر عبد الله كامل، ص: 288.

الموجودة في الحال بإباحة النظر إلى الأجنبية إذا تَأَكَّدَتِ الرَّغْبَةُ في نكاحها[1].

3- شواهد العمل بمبدأ المآلات في فقه الصحابة

لم يخرج صحابة الرسول ﷺ عن نهج القرآن والسنة في اعتبار المآلات والنظر إلى نتائج الأحكام، وأَثَرِ تنزيلها على الواقع، فقد الْتَفَتُوا إلى المآلات وراعَوْا نتائج التصرفات، سواء في ما يَخُصُّ حالَ المرء في نفسه، أو ما يخص حال عموم الأمة، ومن ذلك:

أ- ترك بعض الصحابة سنة الأضحية:

روى الثوري(161 هـ) عن أبي مسعود الأنصاري أنه قال: «**إني لأَدَعُ الأضحى وإني لمَوُسِرٌ مخافَةَ أن يرى جِيراني أنه حَتْمٌ عَلَيَّ** »[2].
قال ابن بطال: «**وهكذا يَنْبَغِي للعالِم الذي يُقْتَدَى به إذا خَشِيَ من العامة أن يلتزموا السُّنَنَ التزامَ الفرائض أن يَترِكَ فِعْلَهَا لِيُتَأَسَّى به فيها، ولئلا يَخلْطَ على الناس أَمْر دِينِهِم فلا يُفَرِّقوا بين فَرْضِهِ ونَفْلِهِ**»[3].

ب - تضمين الصُّنَّاع:

فقد قال علي بن أبي طالب بتضمين الصُّناع، وعندما قيل له: أليس الصانع أمينـًا على ما في يده؟ قال: «**لا يُصلِحُ الناسَ إلا ذَاك**[4]»، لأنه

---

1 - ينظر: اعتبار المآل، ص: 148.

2 - رواه عبد الرزاق في مصنفه، باب الضحايا، الحديث 8149، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الضحايا، باب: الأضحية سنة نحب لزومها ونكره تركها، الحديث:19038

3 - ينظر: شرح ابن بطال على البخاري، 6/ 9

4- أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب: في القصار والصباغ وغيره،، الحديث:21051، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء،

كَثُر في هؤلاء الصناع من يُهمِل فيما في يده، أما لو ضُمّن لَحَرِصَ عليها. والحال أن أيديهم على ما عندهم للناس أيدي أمانة والأمين لا يَضْمَنُ إلا في حال التعدي أو التقصير أو الإهمال، إلا أن علياً رأى تساهُلَ الصناع في الحفاظ على أماناتهم فضَمَّنَهُم، وهذا مراعاة للمآل وحِفْظاً لحقوق الناس.

قال القرافي: «**وكذلك اخْتُلِفَ في تضمين الصناع، لأنهم يُؤَثِّرُون في السِّلَعِ بِصَنعتهم فتتغير السلع فلا يعرفها ربها إذا بيعت فيضمنون سدا لذريعةِ الأخذ أم لا يضمنون لأنهم أجراء؟ وأصل الإجارة على الأمانة قولان وكذلك تضمين حملة الطعام لئلا تمتد أيديهم إليه وهو كثير في المسائل فنحن قلنا بسد هذه الذرائع ولم يقل بها الشافعي فليس سد الذرائع خاصا بمالك بل قال بها هو أكثر من غيره وأصل سدها مجمع عليه**»[1].

ج - قَتْلُ الجماعة بالواحد:

روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قَتَلَ نفرا بِرَجُلٍ واحد قتلوه غِيلَةً، وقال: «**لو تَمَالأَ عليه أَهْلُ صَنعاءَ لَقَتَلْتُهُمْ جَمِيعًا**»[2].

الحديث: 11444.

1 - ينظر: الفروق للقرافي: 2/ 32

2 - أخرجه مالك في الموطأ، كتاب العقول، باب ما جاء في الغيلة والسحر، الحديث رقم 13. وفيه انقطاع. فسعيد بن المسيب في لقياه عمر بن الخطاب خلاف، إنما أخذ عن نافع مولى ابن عمر عن ابن عمر عن عمر، ومداره من طرقه الأخرى على نافع مولى ابن عمر، وقد روى هذا الأثر عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن الزهري وقتادة عن ابن المسيب عن عمر، باب: النفر يقتلون رجلا، الحديث: 18073، وعن الثوري عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب،

وقال القرافي:«**قَتْلُ الجماعة بالواحد: أربعة أقوال للعلماء، القول الأول لمالك والشافعي وأبي حنيفة: نَقْتُلُهُمْ به إذا قتلوه عمدا أو تعاونوا على قَتْله بالحرابة وغيرها حتى يُقتل عندنا الناظور[1]، وعُمْدتهم أمور الأول إجماع الصحابة على قتل عمر سبعة من أهل عليه صنعاء برجل واحد وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به، وقتل عَلِيٌّ ثلاثةً وهو كثير، ولم يُعرف لهم مُخالف في ذلك الوقت، ولأنها عقوبةٌ كحد القذف وتفارقُ الدية فإنها تَتَبَعَّضُ دُونَ القِصاص؛ لأن الشركة لو أسقطت القصاص كان ذلك ذريعة للقتل...**»[2].

قال ابن رشد[3]: «**فعُمدة من قَتَلَ بالواحد الجماعةَ النظرُ إلى المصلحة، فإنه مفهومٌ أن القتل إنما شُرِّعَ لنفي القتل كما نَبَّه عليه الكتاب في قوله تعالى:** ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[4] **وإذا كان ذلك كذلك فلو لم تُقتل الجماعةُ بالواحد**

الحديث 18075،والشافعي في مسنده عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في كتاب جراح العمد، وابن أبي شيبة في مصنفه عن عبد الله بن نُمير عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب، وعن وكيع عن هشام عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن عمر، الحديث:28266 و28267و28268،ورواه البخاري تعليقا عن ابن بشار عن يحيى عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر، في كتاب الديات، باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم، الحديث: 6896 و البيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الجراح، باب النفر يقتلون رجلا، الحديث: 15975.

1- بحثت عن معنى الناظور في كل المعاجم المتوفرة لدي، فوجدت كل معانيها تفيد معنى النظر، وحسب ما فهمت أن المقصود من شارك في القتل ولو بمجرد النظر قتل.

2 – ينظر: الفروق: 4 / 335 في الفرق الثامن والأربعين بعد المائتين.

3 – هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الشهير بالحفيد)، يكنى أبا الوليد، انظر ترجمته في: المرقبة العليا، 1/ 111، والديباج، 2 / 202

4سورة البقرة، الآية: 179.

لَتَذَرَّعَ الناس إلى القتل بأن يَتعمدوا قتلَ الواحد بالجماعة»[1].

د – قضاء عمر بن الخطاب على محمد بن مسلمة إنصافا للضحاك بن خليفة:

روى مالك أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا[2] له من العُريض[3]، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مَسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك: لم تمنعني، وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك؟ فأبى محمد، فكلم فيه الضحاكُ عمرَ بن الخطاب، فدعا عمرُ بن الخطاب محمدَ بن مَسلمة فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال عمر: «**لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع، تسقي به أولا وآخرا وهو لا يضرك. فقال محمد: لا والله. فقال عمر: والله ليمرن به، ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك**»[4].

هذه الحادثة من الأدلة التي اعتمدها الفقهاء القدامى والمعاصرون في صياغة نظرية التعسف في استعمال الحق استنادا إلى قواعد الضرر التي قررتها النصوص الشرعية؛ ذلك أن عمر رأى أن امتناع محمد بن مسلمة عن منح الضحاك حق الارتفاق هو محض تعسف ما دام الارتفاق هنا لن يدخل على صاحب الأرض ضررا، ولذلك أجبره

---

1 – ينظر: بداية المجتهد:1 / 710

2- الخليج: ما انقطع من معظم الماء لأنه يجبذ منه، وقد اختلج؛ وقيل: الخليج شعبة تنشعب من الوادي تعبر بعض مائه إلى مكان آخر، والجمع خلج وخلجان، ينظر: لسان العرب، 2/ 257.

3- والعريض، بضم العين، مصغر: واد بالمدينة به أموال لأهلها؛ ومنه حديث أبي سفيان: «أنه خرج من مكة حتى بلغ العريض» ينظر لسان العرب.

4- رواه مالك في كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، الحديث رقم: 33.

عمر مراعاة للمآل الضرري الناتج عن منع الارتفاق بأرضه من خلال الموازنة والترجيح بين مصلحتين والتي وإن كانت خاصة، إلا أنه رجحت إحداها على الأخرى لارتباط النفع العام بها[1].

٥ - عدم إقامة عمر حد السرقة عام المجاعة:

عن يحيى بن أبي كثير عن عمر قال:« **لا يقطع في عذق ولا عام سنة** »[2].

كان هذا من أمير المؤمنين لما رأى عدم استيفاء الشروط الموجبة لقطع يد السارق الباعثة على تطبيق الحكم، والتي منها شُبهة المجاعة الملجئة إلى أخذ حق الغير دون إِذْنٍ منه، حيث كان آخذُ المال بغير حق أمام ضرورة، ومن ثم كان وجوب المواساة عند الشدة ارتفع عند أهل العلم قطع السارق إذا سرق شيئا من الطعام في عام سنة[3]، فكان بذلك أمام مناط آخر غير المناط العام الذي يوجب الحد، والذي يستوجب تقديم إسقاطه لما قد يُفضي إليه تطبيقه من هلاك الأنفس

هذا الفعلُ من عمرَ بنِ الخطاب هو من باب الكشف عن المآل، وذلك بناءً على قانون طبيعي تترابطُ فيه المقدماتُ والنتائجُ ترابطًا سَببيًّا، استدل وفقه بمقدمات حاصلة على نتائج لها سوف تَحْصُلُ بمقتضى هذا الترابط السَّببي.

1- ينظر: نظرية التعسف في استعمال الحق، للدكتور فتحي الدريني، ص:160.

2- رواه عبد الرزاق في مصنفه عن معمر كتاب العقول، باب القطع في عام سنة، الحديث:18989، ورواه ابن أبي شيبة في كتاب الحدود، باب: في الرجل يسرق الثمر والطعام،(10 / 27)، الحديث:29179.

3- ينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد البر،12/ 23

ومن هنا يبني المجتهد على العلم المُسبق بمآلات المقاصد التي بُنِيت عليها الأحكام فيُرجِّح لها من تلك الأحكام ما يَغلب على ظنه أنها تحقق مقاصدها، ويتفادى تلك الأحكام التي يغلب على ظنه أن مقاصدها سوف لا يكون لها تحقق لسبب من الأسباب[1].

فمثل هذه الاجتهادات «**لم تُعطِّلْ أحكاماً بسبب النظر المصلحي، أو أن العقل تَوصل إلى تغيير ذلك، بل لم يَقع تَطبِيقُها لأنها بَعْد النظر والتحقيق تَبيَّنَ أن مناطاتها وشروطها لم تتوفر بعد، وأن مصالحها المعتبرةَ المنوطةَ بها ليس لها وجود لو طُبقت على ذلك الوضع، فهي في الحقيقة معللةٌ بالمصالح المشروعة المعتبرة وجودًا وعدمًا، وليس بتَوَهُّم المصالح الخيالية**»[2] .

من خلال مفهوم اعتبار المآل، والشواهد التي قامت على مشروعيته يتضح أن لاعتبار المآل أثرا في العملية الاجتهادية، وقيمة تشريعية، فما هي ملامح هذا الأثر وهذه القيمة؟ هذا ما سيتناوله البحث في الفصل الثاني.

1- ينظر: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، لعبد المجيد النجار ص: 278 - 279،

2 - ينظر: الاجتهاد المقاصدي:2/ 97



الفصل الثاني

الصبغة المقصدية والتوصيف الأصولي لاعتبار المآل

أولا: الصبغة المقصدية لمبدأ اعتبار المآل

١- قيمة اعتبار مقاصد الشريعة في العملية الاجتهادية

تنتظم تحت النظرية المقصدية كل الأحكام الفقهية بأدلتها التفصيلية، وذلك باعتبار أنها حقائق جزئية، فاستقراء تفاصيل الشريعة يؤكد أن أحكامها بُنيت على عِلَلٍ ومَرامٍ تَرجع كلها إلى الحفاظ على مصلحة الخلق ودَفْعِ المفسدة عنهم، ونقطة الانطلاق في هذا هي التسليم الجازم بكون الشريعة إنما وضعت لجلب المصالح للعباد ودرء المفاسد عنهم في الدنيا والآخرة[1].

فمقاصد الشريعة هي أمر ثابت يجب اعتقاده والتسليم به، واستحضاره والالتفات إليه في عملية الاجتهاد الفقهي، وفي بيان الأحكام وتطويرها والترجيح بينها، فهي تكتسي صبغة الاجتهاد، الذي ينبغي التمييز أثناء مباشرته بين أمرين:

1- **أولهما**: الاجتهاد في فهم الخطاب الشرعي وتَمَثُّلِ نواهيه وأوامره من خلال الربط بين كلياته وجزئياته ودلالة نصوصه على معانيها؛ وإيرادُ «الخطاب الشرعي» هنا يَشمَلُ إلى جانب كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ما تم استنباطه من القواعد العامة للشريعة مما لا نص فيه وتنزيله على الوقائع والنوازل.

2- **الاجتهاد في تنزيل الأحكام** التي تم التوصل إليها في المرحلة الأولى من مراحل الفهم، وذلك بتحقيق المناط في كل حادثة أو

1 - ينظر: المرجع السابق، ص: 17 - 18.

واقعة، سواء كانت هذه الوقائع مما هو معتاد ومألوف وله دليل من الشريعة من نص أو قياسوهذا هو الغالب الأعمأو كان خارجا عن المعتادوهو النادر. والذي لا بد من رده إلى الغالب [1].

ولكن ما سبق ذكره لا يمكن تَحَقُّقُه إلا من خلال فَهْمٍ شُمولي لمناشئ الأحكام ومن خلال الكشف عن طبيعة العلاقة بين الأحكام الشرعية الأصلية والواقع، ومن خلال ما يتيحه استجلاء مقاصد الشريعة من أصولٍ للموازنة، وقواعد للتنسيق بين نصوص الشريعة وبين المصالح التطبيقية في واقع الناس[2]، وذلك من أجل حفظ نظام الأمة واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه وهو الإنسان [3].

ولأن المقاصد -كما يقول أبو حامد الغزالي- قبلة المجتهد[4]، فإن لاستجلائها الأثر التشريعي الخطير، لأنه أمر وسط بين الفهم الدقيق لأحكام الشريعة، وبين التنفيذ لما صدر من أحكام في حوادث ونوازل معينة[5]، ذلك أن المقاصد الشرعية تؤثر في الفكر الاجتهادي الفقهي بالممارسة والاختلاف والتنوع ومراعاة اختلاف الأحوال.

إذا تقرر لدينا هذا، فإنه ينبغي التأكيد على أن مقاصد الشريعة

1- ينظر: الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه في الفقه الإسلامي، عبد الرحمن زايدي، ص: 260-261.

2 - ينظر: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، عبد الرحمن السنوسي، ص: 10.

3 - ينظر: مقاصد الشريعة للطاهر بن عاشور، ص: 273.

4- ينظر: تحقيق القولين، لأبي حامد الغزالي، ص: 312، تحقيق: د. مسلم الدوسري، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 3، جمادى الأولى، 2008-1429.

5 - ينظر: فقه المقاصد واثره في التفكير النوازلي، الدكتور عبد السلام الرفعي، ص: 10.

بالأساس لم تشرع إلا من أجل التمييز بين الأفعال، لأنه قد تواتر لدى العقلاء أن الأفعال قد تتشابه فيما بينها وتتعدد أوجهها، ويرد فيها الاحتمال في صورة الفعل، بحيث يكون لكل وجه حكم خاص يختلف عن الوجه الآخر، وهذا ما نفهمه الشاطبي حين قال: «**ويكفيك منها أن المقاصد تفرق بين ما هو عادة وما هو عبادة، وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب، وفي العادات بين الواجب والمندوب، والمباح والمكروه والمحرم، والصحيح والفاسد، وغير ذلك من الأحكام**»[1]، فهي إذن حاكمة على تصرفات العباد سواء فيما كان عبادة محضة أو كان من باب المعاملات، لأن الشارع لما شرع الأحكام قصد بها تحقيق مصالح العباد الضرورية وما يلحق بها من حاجية وتحسينية، وهذا لا يتحقق إلا بأن يقصد المكلف إلى ما قصد إليه الشارع.

إن الغاية من تشريع المقاصد هي أن يتحقق التوافق بين قصد المكلف وبين قصد الشارع، فمن قصد نقيض ما قصده الشرع كان بذلك مخالفا لمقتضى ما يستلزمه مبدأ الاستخلاف من طاعة وحكم بالعدل، وبذلك ينبغي على جميع الأحكام والتصرفات أن تتكيف في ضوء مقتضيات الغاية الكلية على وجه من التجانس والتكامل والتوافق[2].

وارتباطا بعمل المفتين، فإن المقاصد هي قوام عمل المفتي، إذ المعلوم أن الهدف من الفتوى تنزيل النصوص على الوقائع، وتحقيق

1 - ينظر: الموافقات، 3/ 8.
2 - ينظر: اعتبار المآل، ص: 42.

مقاصد الشارع في آحاد المستفتين، ولما كانت مقاصد الشارع واحدة لجميع المستفتين وفي مختلف الظروف، وكان مدى تحقيق هذه المقاصد يخضع لحالة المستفتي وظروف الفتوى، وكان من اللازم على المفتي أن يتصرف في فتواه بما يحقق تلك المقاصد الثابتة والمشتركة، وبما يتلاءم مع الظروف المحيطة بالمكلف[1]، والغاية في كل ذلك ضمان العدل وتحقيق المصلحة الشرعية.

إن أول ما تفيده المقاصد وتتيحه من مساحات استثمارها، أن ترشح المستثمر لها أي: المجتهد الذي لا يكون موصوفا بوصف الاجتهاد إلا باتصافه بمعرفة المقاصد[2] بحسب ما قرره الشاطبي رحمه الله[3] حين جعل المقاصد جملة وتفصيلا، وفهمها على كمالها ثانية الدعامات المعرفية التي تنبني عليها لعملية الاجتهادية.

ونستحضر هنا ما فصل فيه الإمام ابن عاشور رحمه الله حول المناحي الخمسة[4] التي يحتاج فيها المجتهد والفقيه إلى معرفة

15ـ ينظر: طرق الكشف عن مقاصد الشريعة، للدكتور نعمان جغيم، ص: 49 ـ 50.

2 – ينظر: مشاهد من المقاصد، للعلامة عبد الله بن بيه، ص: 245.

3 – ينظر: الموافقات، 41/ 5، ومشاهد من المقاصد، ص: 245.

4 – قال ابن عاشور: إنّ تصرف المجتهدين بفقههم في الشريعة يقع على خمسة أنحاء:

– **النحو الأول**: فهمُ أقوالها، واستفادةُ مدلولات تلك الأقوال، بحسب الاستعمال اللغوي، وبحسب النقل الشرعي بالقواعد اللفظية التي بها عمل الاستدلال الفقهي. وقد تكفَّل بمعظمه علمُ أصول الفقه.

– **النحو الثاني**: البحثُ عمّا يعارض الأدلّة التي لاحت للمجتهد، والتي استكمل إعمالَ نظره في استفادة مدلولاتها، ليستيقن أن تلك الأدلة سالمةٌ مما يُبطل دلالتَها ويقضي عليها بالإلغاء والتنقيح. فإذا استيقن أن الدليل سالمٌ عن المُعارِض أعمله، وإذا ألفى له معارضـًا نظر في كيفية العمل بالدليلين معـًا، أو رجحان أحدهما على الآخر.

– **النحو الثالث**: قياسُ ما لم يرِد حكمُه في أقوال الشارع على حكمِ مَا ورد حكمُه فيه بعد أن

المقاصد، وهي مناح ومدارك تجعل من المقاصد «أداة لاستنباط الأحكام الشرعية، وتنزل بها من سماء التنظير إلى أرض العمليات، ومن التصور الذهني إلى ميدان التطبيقات كما يقول شيخنا العلامة عبد الله بن بيه[1].

ولئن كان الشيخ ابن عاشور رحمه الله قد أجمل مناحي مدارك المقاصد، فإن العلامة عبد الله بن بيه في كتابه «**مشاهد من المقاصد**» قد بلغ بها خمسة وثلاثين مدركا أو كما سماها «محائر أو أكنسة»، كل مدرك منها يُبِينُ عن حضور المقاصد في النظر الفقهي، ويكشف عن حاجته إليها، وهو حضور يتنوع بين استنطاق النصوص، وضبط عملية التأويل، وبين حفظ التعاضد بين الأدلة الشرعية وتقصيد دلالات الألفاظ بمختلف مستوياتها، والموازنة بين المصالح والمفاسد، إلى غير ذلك من المدارك التي لا يناسب المقام التفصيل فيها، ومظانها في متناول أيدي الباحثين[2].

يعرف علل التشريعات الثابتة بطريق من طرق مسالك العلة المُبيَّنَةَ في أصول الفقه.

- **النحو الرابع**: إعطاءُ حكم لفعل أو حادث حدث للناس لا يعرف حكمه فيما لاح للمجتهدين من أدلة الشريعة، ولا له نظيرٌ يقاس عليه.

- **النحو الخامس**: تلقِّي بعض أحكام الشريعة الثابتة عنده تلقِّيَ من لم يعرف عِلَلَ أحكامها ولا حكمةَ الشريعة في تشريعها. فهو يتّهم نفسه بالقصور عن إدراك حكمة الشارع منها، ويستضعف علمه في جَنْب سَعَةِ الشريعة، فيسمِّي هذا النوع بالتعبّدي.

فالفقيه بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة في هذه الأنحاء كلِّها.

1 - ينظر: مشاهد من المقاصد، ص: 249.

2 - ينظر: مشاهد من المقاصد، ص: 249 وما بعدها.

ونخلص من هذا إلى أن المقاصد هي: «**البوصلة التي تسدد نظر المجتهد في اتباع مسالك الظنون، وتعصمه من الوقوع في أسر ظواهر النصوص، وتحفظه من مزالق اتباع الهوى والتشهي، والتأثر بالعوارض والظروف الخارجية غير المعتبرة**»[1]، ولعل هذه العصمة المنهجية هي التي تجعل المجتهد في عمله، والمفتي في صناعة وصياغة فتواه يطمئن إلى السعي نحو «**بناء الكليات، مع الحفاظ على التوازن بين الكلي والجزئي، وبيان الترتيب والتراتب، أي: ضبط الدرجات والمراتب للمقاصد الكلية المبنية عليها قوة وضعفا، وإلزاما وسماحة**»[2]، وهذا كله مبناه على ملاحظة القيم الأربعة للشريعة الإسلامية التي تضبط كل نظر فقهي، ويحتكم إليها كل تنزيل، ونعني بها: العدل، والرحمة، والمصلحة، والحكمة، ولله در وتِلاد الإمام ابن القيم (751هـ) حين يقول في هذا السياق: «**فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه؛ وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم أَتَمَّ دلالة وأَصْدَقَها...**»[3].

1 - ينظر: منهج الاجتهاد: تأويلا وتعليلا وتنزيلا، د. حميد عشاق، ص: 142.
2 - ينظر: إثارات تجديدية في أصول الفقه، العلامة عبد الله بن بيه، ص: 70.
3 - ينظر: إعلام الموقعين، 3/ 3.

2- التكييف المقصدي لمبدأ اعتبار المآل

قرر الشاطبي باستقرائه لموارد أحكام الشرع أن اعتبار المآل أصل مقصود معتبر شرعا، إذ اعتبار المآل يعبر عن معنى عام يتوجه القصد إليه، ولا يتعلق بمعنى خاص أو بأمر جزئي، والدليل على ذلك استقراء الشريعة استقراء معنويا، والنظر في أدلتها الكلية والجزئية[1] التي انضافت إلى بعضها البعض لينتظم من مجموعها أن اعتبار المآل أصل كلي ومقصدي محض، يقتضي اعتباره تنزيلَ الحكم على الفعل بما يناسب عاقبته المتوقعة مستقبلا[2].

إن هذا يعني أن اعتبار المآل يجسد الضوابط التي على المجتهد أو المفتي التزامُها في عمله، ويوضح له معالم المقاصد والغايات التي يقصدها الشرع ويتغياها، من خلال النسق الذي تسير عليه الأحكام، والذي يفضي في نهايته إلى ارتباط الأحكام الشرعية فيما بينها، وبما أن الأحكام تشتمل على مقاصد، والمقاصد تشتمل على أحكام[3]، فإن هذا يعني ارتباط المقاصد فيما بينها[4].

1- ينظر: الموافقات، 2/ 81.

2- ينظر: المصطاح الأصولي عند الشاطبي، ص: 415.

3- ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها: لعلال الفاسي، ص: 43.

4- قال الشاطبي: «المقاصد الضرورية في الشريعة أصل للحاجية والتحسينية. فلو فرض اختلال الضروري بإطلاق، لاختلا باختلاله بإطلاق، ولا يلزم من اختلالهما أو اختلال أحدهما اختلال الضروري بإطلاق، نعم، قد يلزم من اختلال التحسيني بإطلاق اختلال الحاجي بوجه ما، وقد يلزم من اختلال الحاجي بإطلاق اختلال الضروري بوجه ما، فلذلك إذا حوفظ على الضروري، فينبغي المحافظة على الحاجي، وإذا حوفظ على الحاجي، فينبغي أن يحافظ على التحسيني إذا ثبت أن التحسيني يخدم الحاجي، وأن الحاجي يخدم الضروري، فإن الضروري هو المطلوب». ينظر: الموافقات، 2/ 31

إن المجتهد في عمله هذا مُقْتَدٍ بالشارع الذي قد راعى المآل في تشريعه، ومن ثم كان واجبا عليه أن يراعيه في تطبيقه، ولا يجوز أن يكون المآل معتبرا في التشريع دون التطبيق، وذلك لأن قصد الشارع من ترتيب مصلحة ما على حكم ما هو تحققها في الواقع على النحو الذي قصده، وليس مطلوبـاً مِنَّا مُجَرَّدُ الامتثال للحكم بغض النظر عن حكمته ولا مجرد الاعتقاد باشتماله عليها، بل المطلوب الحرص عليها والنظر في الامتثال هل يؤول إليه[1].

من هنا، كان المجتهد مقيدا في نظره الاجتهادي إلى المآل بحيث لا يمكنه تجاوزه أو إهماله، وقد يتمسك البعض بأن الحكم الشرعي ما تَقَرَّرَ في شأن فعل من الأفعال، إلا لعلم الشارع الحكيم بتأديته إلى المصلحة، وصرفُه عنه إلى حكم آخر مخالفةٌ لإرادة الشارع وتَقَوُّلٌ عليه، لكن هذا الاعتراض والاستدلال مرجوح للأسباب الآتية:

- أن كل تكليف يوجبه الشرع على المكلف هو مصلحة له، وهذه المصلحة إما أن تكون راجعة إلى مآل المكلف في الآخرة فهو إلى جنة أو إلى نار، وإما أن تكون مصلحة دنيوية، وهنا فكل فعل يقوم به المكلف مأمورا من الشرع هو مقدمة لتلك المصلحة، والفعل سبب لمسبَّب هو عين قصد المشرع تبارك وتعالى، وهذا المسبَّب هو مآل السبب، فوجب بذلك اعتبار مآلات الأسباب في جريانها، وهو معنى

1- ينظر عوامل تغير الأحكام في التشريع الإسلامي (تغير المآل وتغير القصد)، للدكتور زيد بوشعراءص: 5.

النظر في المآلات كما قال الشاطبي[1].

- أن فعل المكلف إما أن يكون ذا مآل معتبر شرعـًا أو غير معتبر، فإن كان معتبراً كان مطلوبـًا، وإن كان غير معتبر جاء مآل الفعل مُضَادّاً للقصد منه، وهذا غير صحيح، لأن التكاليف لم تشرع إلا لمصالح العباد، ولا مصلحةَ يُعتد بها أو يُلتفت إليها باعتبارها مصلحة مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد عليها، وهذا مآله إلى أن لا نتطلب مصلحة بفعل مشروع، ولا نتوقع مفسدة بفعل ممنوع، وهذا بخلاف أصل الوضع العام للشريعة[2].

- دل الاستقراء التام للأدلة الشرعية على اعتبار المآل في أصل المشروعية على الجملة، فقد نهينا عن سب المشركين، ونهينا عن أكل أموال الناس بالباطل، وأمرنا بالقصاص والصوم، وقبل هذا كله أمرنا بالتوحيد، وامتنع النبي صلى الله عليه وسلم عن إعادة بناء الكعبة على قواعد ابراهيم، وامتنع عن قتل المنافقين وقد أتوا ما يستوجب قتلهم[3]، ولولا اعتبار المآل ما كانت هذه الأوامر وهذه التصرفات النبوية التي حققت المناط الخاص، ولكانت عبثا تتنزه الشريعة الغراء عنه.

---

1 - ينظر:الموافقات، 5/ 179

2 - ينظر: الموافقات، 5/ 179

3- وذلك حين استأذنه عمر في قتل المنافق عبد الله بن أبي بن سلول، فقال عليه السلام: «دعه، لا يتحدث الناس عن محمدا يقتل أصحابه». رواه البخاري في كتاب التفسير، باب قوله تعالى: «سواء عليهم أستغفرت لهم أم لم تستغفر لهم لن يغفر الله لهم إن الله لا يهدي القوم الفاسقين» (سورة المنافقون، الآية: 6)، الحديث رقم: 4905، ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب: نصر الأخ ظالما أومظلوما، الحديث رقم: 2584.

- الأدلة الدالة على سد الذرائع كلها والحيل، فإن غالبها تذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصل على المشروعية لكن مآله غير مشروع [1].

- الأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها، فإن غالبها سماحٌ في عَمَلٍ غير مشروع في الأصل لما يؤُول إليه من الرفق المشروع[2]، وهذا ما يقتضي العمل بقواعد الاستحسان، ومراعاة الخلاف والعرف، والتي تشكل مع الذرائع ومنع الحيل مسالك اعتبار المآل.

وبالجملة، فإن اعتبار المآل في حقيقته «**قاعدة الموازنة بين مصلحة أولى بالاعتبار، أو بين مصلحة ومفسدة، إلا أنها في الغالب تعني أن المصلحة أو المفسدة المرجحة متوقعة، وهذا التوازن أساسٌ من أسس الفتوى والاجتهاد، لا يجوز للفقيه أن يغفل عنه أو يتغافل، فالمصالح ليست على وزان واحد، وبالتالي درجة الحكم بحسب درجة المصلحة أكادة في الواجبات أو درجة المفسدة، فقد يترك الواجب للمحافظة على الواجب الآكد، وارتكاب المفسدة لصغرى لتفادي المفسدة الكبرى**»[3].

3- من مظاهر امتداد مبدأ اعتبار المآل ضمن النظرية المقاصدية:

إن المقاصد غايات ومعاني إلهية تراعى في تنزيل الأحكام الشرعية المستفادة من مقام الخطاب الشرعي من حيث التلازم الطردي بينهما

1 - ينظر: الموافقات، 5/ 182.

2 - نفسه، 5 / 182

3 - ينظر: مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات، العلامة عبد الله بن بيه، ص: 103.

لأجل تحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل؛ والمقصود بتنزيل المقاصد على الواقع هو القسم الثاني من أقسام الاجتهاد، أي فقه الحكم وفقه المحل، ففقه الحكم هو تمثل لقصد الشارع من وضعه للأحكام، وفقه المحل هو الفهم التجريدي للحكم الشرعي ومدى تحقق قصد الشارع من وراء تشريعه للحكم بعد التكييف العملي له في حقيقة الواقع، وذلك بغرض استدامة صلاح نظام الأمة بصلاح المهيمن عليه وهو الإنسان.

من هنا كان فقه التنزيل المبني على تحقيق المناط، هو نفسه مراعاة المآل الذي يهدف إلى التحقق من تحقيق مقاصد الشريعة، وذلك بالاستناد إلى أن التعدية الآلية للأحكام دون مراعاة لمآلاتها تؤدي حتما إلى خطأ في الفهم، والخطأ في الفهم بالضرورة يفضي إلى الخطأ في التطبيق، والخطأ في التطبيق يعود بالطبع على قصد الشارع بالنقض، وهذا معنى قول الشاطبي حين يقول: «**المقصود من وضع الأدلة تنزيل أفعال المكلفين على حسبها**»[1]، وبذلك نستطيع أن ندرك حقيقة تعريفه لمعنى تحقيق المناط حين قال: «**أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله...**»[2].

فعِلْمُ مقاصد الشريعة إذن يهتم إلى جانب التأصيل والتقعيد بالواقع الفعلي الذي هو محل جريان أفعال المكلفين وتصرفاتهم؛ كما تلاحق

1 – ينظر: الموافقات:3/ 217

2 – ينظر: الموافقات: 5/ 12

قواعده وموجهاته أحداث الحياة وقضايا الناس بالتسديد والتوجيه وتوفير الحلول، وهو علم لا يزال بحاجة إلى اهتمام بمقدار الحاجة إلى مد مسائله وبناء مباحثه وتحقيق قضاياه.

ومراعاة المآل إحدى القضايا الجوهرية للنظر المقاصدي فهما وتنزيلا، لأنها تستهدف تحقيق متطلبات الاجتهاد الصحيح، وكفالة المصالح المشروعة من الأحكام والتكاليف ورفع الحرج عن الخلق بدفع المفاسد عنهم، كما أنها ترمي إلى استكناه مسالك الاجتهاد التطبيقي[1].

فيكون بذلك الكشف عن طبيعة العلاقة بين الأحكام الشرعية والواقع من خلال استجلاء مقاصد الشريعة وما تتيحه من قواعد وأصول للموازنة وقواعد للتنسيق بين نصوص الشريعة وأحكامها، وبين المصالح التطبيقية في واقع الناس[2] في ظل ما يَنْشُدُهُ الإسلام من مثالية في المصلحة والعدل ليرتقي بالواقع ارتقاءً يُقرِّبُه من القيم المثالية.

و يمكن من هذه العلاقة الأصيلة اسْتِكناه بعضِ أوجه امتداد اعتبار المآل ضمن النظرية المقاصدية، والتي تشكل في مجموعها الصورة المثلى لحقيقة التشريع الإسلامي، ومن ذلك:

أ- النظرة الموضوعية:

المقصود بالنظرة الموضوعية هو الارتباطُ بالحيثيات المكونة

1 - ينظر: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص: 10.
2 - ينظر: المرجع السابق، ص: 10.

لواقع ما، والتي تكون ملموسة مشخصة فيه، بحيث يكون لها تأثير كبير في استنباط الحكم الشرعي وبنائه على العلة المقتضية له، إما لمصلحة تستجلب أو لمفسدة تدفع، مما يعني اطرادا ضرورة تلازم الموضوعية المقصدية والموضوعية في الوسائل المؤدية إلى تحقيقها، وهذا يستلزم انبناء النظر في المآلات على الالتفات إلى النتائج المادية والملموسة لأفعال المكلفين حيث يجب أن تكون سليمة، وذلك بأن يتوافق قصد المكلف مع قصد الشارع، وألا يكون في تحقيق المصلحة له حَيْفٌ على غيره من المكلفين، فيكون حكم المفتي أو المجتهد أو الحاكم بإضفاء المشروعية على الفعل أو سلبها عنه مستندا إلى مبدإ العدل الذي هو جوهر الشريعة.

إن هذه النظرة الموضوعية هي المنطلق الأول الذي ينطلق منه المجتهد أو المفتي وهو يباشر عمله المنوط به، ذلك أن أول واجب عليه أن يتحقق من وجود مقومات المعيارية الموضوعية التي تفضي به حتما إلى تحقيق المصلحة التي هي متعلَّق الحكم الشرعي باعتباره وسيلة إليها.

ب - المصلحة:

يتفرع حديثنا هنا عن المظهر السابق، ذلك أن المعيارية الموضوعية كما أسلفنا توجب ترصد المصلحة في كل صورها، إذ هي أساس تصنيف الأفعال إلى مأمور به ومنهي عنه[1]، وذلك اعتبارا لآثارها في

1- ينظر: المصلحة وصلتها بمعايير التكليف، لأحمد العوضي، ص:22.

الواقع والتي تتفاوت حسنا وقبحا وضررا ونفعا، ومن ثم كانت مراعاة المصلحة من جهة الفعل الذي يجب أن يقع على الوجه المشروع، ومن جهة المقصد الذي ينبغي أن يتوافق وقصد الشارع[1].

فإذا كانت الغاية من التشريع هي جلب المصالح للمكلفين ودفع المفاسد عنهم، فإنه اعتبار ما تفرضه الأحوال والظروف الزمانية والمكانية المحيطة بالمصلحة والمفسدة، والتي توجب حكما استثنائيا من الأصل العام الذي توجبه الأحوال العادية، وذلك إما بالمنع من المصلحة بالنظر إلى ما ستؤول إليه من مفسدة أكبر منها، أو بالترخيص في ممنوع المنع منه سيفضي إلى مفسدة أعظم منه، يقول الإمام العز بن عبد السلام (660هـ) **رحمه الله**: «**المصالح ضربان: أحدهما حقيقي، وهي الأفراح واللذات، والثاني مجازي، وهو أسبابها، وربما كانت أسباب المصالح مفاسد فيؤمر بها، أو تباح لا لكونها مفاسد بل لكونها مؤدية إلى المصالح**»[2]، فالإمام العز جعل المفسدة التي مآلها مصلحة أمرا مشروعا مأمورا به، ذلك أن المصلحة مقصد أصيل هو أصل وضع الشريعة، وهذا المقصد يتلازم اطراديا مع ما تحققه وما يتسبب وينتج منه عند التطبيق، بحيث يرد مآل الفعل قيدا على إطلاق الحكم الأصلي، بحيث قد تستحيل المفسدة وسيلة إلى المصلحة الحقيقية، أو المصلحة وسيلة إلى المفسدة الحقيقية

1- ينظر: اعتبار المآلات، ص:193.

2 – ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام:1/ 12

وذلك من باب تسمية السبب باسم المسبَّب[1].

هذا المعنى نفسه هو الذي يرسخه الشاطبي رحمه الله حين يقول: «**النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة من المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعا لمصلحة تستجلب أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد منه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها فيكون هذا مانعا من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب المذاق محمود الغب جار على مقاصد الشريعة**»[2].

من هنا يكون لمراعاة المآل مدخلها المقصدي، فإذا كانت هذه المصلحة في مرتبة الضروريات وتعذرت المحافظة عليها إلا بفعل مفسدة الحكمُ بحِرمتها مقطوعٌ به، فإن هذا يعني أن تصبح هذه المفسدة أمرا مشروعا خشية الوقوع في مفسدة أعظم، وهذا هو عين

1- ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، 1/ 14.

2 – ينظر: الموافقات « 5/ 178

مراعاة المآل، فالمآلان المتعارضان يستلزمان إما رفع التعارض أو ترجيح أحدهما على الآخر، وأصل النظر في ذلك غلبة أحدهما على الآخر بحسب الغالب عليه من مفسدة أو مضرة، وهذا جار مجرى العدل، وبحسب عبارة الإمام ابن حجر العسقلاني رحمه الله: «**وفيه تقديم الأهم فالأهم من دفع المفسدة وجلب المصلحة، وإنهما إذا تعارضا بدئ بدفع المفسدة، وأن المفسدة إذا أُمن وقوعها عاد استحباب عمل المصلحة**»[1].

ج- العدل:

العدل قيمة ضرورية عمل الإسلام على إثباتها وإرسائها بين الناس، حتى ارتبطت بها جميع مناحي تشريعاته ونظمه، فلا يوجد في الإسلام نظام إلا وللعدل فيه مطلب، لأنه مقصد جوهري يربط بين كليات التشريع وجزئياته، فهو أساس عمارة الأرض، وعمارتها هو مقصود الشارع العام، وهذا المقصود الذي لا يتحقق إلا بالمحافظة على أفراده وما يحفظه[2].

وعُلَمَاءُ المقاصد دائمو الالتفات إلى هذا الترابط بين المقاصد الكلية والمقاصد الجزئية، والتي على المكلف السعيُ إلى تحقيقها وتحصيلها من منطلق الامتثال الذي جعله الشاطبي أحد المباحث الأربعة التي يتركب منها القسم الأول من مقاصد الشريعة عنده[3].

1 - ينظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، 3 / 448

2- ينظر: فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي، ص: 49.

3 - المعني به قصد الشارع في دخول المكلف تحت أحكام الشريعة: والأصل في ذلك كما عبر

فالعدل إذن مفهوم كلي لا يتجزأ يدبر أمور المجتمع بواقعية تتقصد حفظ المصلحة في جميع الأحوال العادية وحتى الاستثنائية، وصيانة النسق المنطقي بين المنظومة التشريعية العامة وبين الواقع ومكوناته[1]، من خلال إعطاء الحق لمستحقه بضمان مصالحه المشروعة رفعا للظلم.

وللشاطبي مقال نفيس في هذا الموضوع، إذ يقرر أن: « **قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة، إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وألا يقصد خلاف ما قصد الشارع**[2]»، فالأحكام كما هو معلوم وسائل تحقيق المقاصد التي تجسدها المصالح، وبما أن المصلحة مرادفة لمقاصد الشريعة فإنه لا يتحقق العدل في تصرف مكلف حتى يطابق مقاصد الشرع[3].

ويقول الدكتور عبد الرحمن السنوسي:«**وانطلاقا من هذه الحقيقة العامة جعل مناط ضمان العدالة وكفالة حقوق العنصر الإنساني إذا وفى**

عنه الشاطبي إخراج العبد من داعي الهوى ليكون عبدا لله اختيارا كما هو عبد لله اضطرارا، وهذا يعني أن على المكلف صرف نفسه عن هواها وأن يقصد أن يكون عمله موافقا لقصد الشارع، فإذا لم يكن لتلبية الشارع مدخل في قصده فهذا القصد باطل، وهذا هو المشار إليه في المتن، ينظر:الموافقات، 2/ 289

1 - ينظر: اعتبار المآلات: ص: 179.

2 - ينظر: الموافقات:3/ 23

3- ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده: لفتحي الدريني، ص: 63، وانظر اعتبار المآلات: ص: 184

أصحابه بمواثيق الذمة التي رضوا، ويحتاط الإسلام حينئذ لمصالحهم وحقوقهم بإضافة نسبتها إلى الله ورسوله ﷺ خوفا من تركها حقا بشريا خالصا، فتتلاعب بها أهواء ضعفة الإيمان من المسلمين، أما ما دام الوفاء بحقوقهم وفاء بذمة الله ورسوله ﷺ، وخيانة عهودهم خيانة لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم، فذلك ما يقيم الوازع الديني قيما على حفظها وضمانها[1]».

فسُنَّةُ الشرع اعتبارُ الجزئيات في كل رتبة من مراتب مقاصد الشريعة حفاظا على الكليات، على اعتبار أن كل رتبة خادمة لأختها وكل جزئية مكملة للأخرى، ولا تقوم كلية إلا بالكليات الأخرى، فلا بد من اعتبار الكل في موارده وبحسب أحواله، ومراعاةُ هذا وتطبيقُه هو العدل بعينه، حتى لا تُفَوِّتَ مصلحةٌ مصلحةً أخرى، أو تَهْدِمَ قاعدة قواعد أخرى، وكي لا يقع الهرج جاء الشرع باعتبار المصلحة والنُّصْفَةِ المُطْلَقَةِ في كل حين وفي كل حال[2].

الخلاصة إذن، أن العدل باعتباره ملمحا فقهيا لا بد وأن يعتبر فيه المآل، لما يتحقق بها من استجلاب للمصالح ودرء المفاسد، وإهمال المجتهد لها يوقع في نقيض المقصود من الشرع، ويخل بمبدأ التوفيق بين مقتضيات النص والخطاب الشرعي، وبين المتعلقات الواقعية المنتجة لهذا الخطاب.

1 - ينظر: المرجع السابق، ص: 181.

2- اقتباس من كلام طويل للشاطبي رحمه الله في الموافقات، 3/ 180

إن صلة المآل بأصل العدل في أقوى صورها تتجلى فيما إذا كان المآل ضررا راجحا أو حَرَجا بالغا غير معتاد، سواء كان ناشئا عن ممارسة حق أم إباحة، أم كان نتيجة لازمة تلقائية لاجتهاد تشريعي فروعي في وقائع معروضة، ذلك لأن الشارع الحكيم لا يقصد إلى مثلها قطعا، لسبب بسيط هو كونه منافيا للأصل العام الذي قام عليه تشريعه كله من جلب المصالح ودرء المفاسد[1].

وفي المقابل أيضا، نجد أن إهمال مراعاة المآل في الإبقاء على مطلق المنع أو مطلق الإذن يفضي إلى مفاسد أكبر من تلك التي يراد دفعها، أو المصالح التي يراد جلبها، وهذا أيضا فيه سلب لصفة العدل التي ينبغي دائما أن تكون مصاحبة للنظر الفقهي.

د- الارتباط بالواقع:

باستقراء تفاريق الأدلة وجزئيات الأحكام، يتبين أن واقع المصالح المؤطر بالقيم الأربعة للشريعة الإسلامية التي سبق الحديث عنها آنفا، يؤصل لما يمكن أن يسمى ب«**كلي الواقع**» أو «**كلي الزمان**» بعبارة العلامة عبد الله بن بيه. وهو كلي شريك في إنتاج الأحكام الشرعية واستنباطها، وتطبيقها وتنزيلها، وإن لم يكن شريكا في تقرير أصولها، فأقضية النبي ﷺ وفتاواه، وتصرفاته، وفتاوى الخلفاء، وفقهاء الصحابة، وفتاوى كبار التابعين، كلها تأثير الواقع فيها محسوس،

1- ينظر: نظرية التعسف في استعمال الحق للدريني، ص: 2324.

وأثر رعاية المصالح ملموس[1].

ولأننا قد سبق وقررنا أن المعيارية الموضوعية التي هي مظهر من مظاهر امتداد اعتبار المآل ضمن النظرية المقاصدية، توجب ترصد المصلحة في كل صورها مما يجعل من رعاية المصالح مقصدا جوهريا للشريعة باعتبارها ميزان تصنيف الأفعال إلى مباح ومنهي عنه، فإن العلاقة بين اعتبار المآل والمقاصد تظهر بمزيد بيان من خلال الترابط بين اعتبار المآل وبين كلي الواقع، وذلك من خلال نوعي الفقه الحاكمين على علاقة الحكم الشرعي بواقع التنزيل الذي يعيشه المكلفون.

لقد قرر ابن القيم أن «**المفتي والحاكم لا يمكنهما الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفقه -أو كما سماه: الفهم-: أولهما: فهم الواقع، والثاني: فهم الواجب فيه**»، فبين فهم الواقع وبين فهم الواجب فيه يكمن النظر في المآلات حاكما على تنزيل أحكام الشرع على الواقع باعتبار أن «**الأحكام الشرعية معلقة على وجود مشخص هو**

1 - يقول شيخنا العلامة عبد الله بن بيه حفظه الله في بيان هذا المعنى: «والمطلوب هو معرفة الواقع بكل تفاصيله وليس الواقع بمعنى اللحظة الحاضرة لكنه الواقع الذي يعني الماضي الذي أفرز الحاضر وأسس له والذي بدون تصوره لا يمكن تصور حاضر هو امتداد له وحلقة من سلسلة أحداثه وإحداثياته. غير أنّ كل ذلك لن يكون كافياً دون استشراف مستقبل تتوجه إليه تداعيات الحياة وتفاعلات المجتمعات؛ وذلك ما سميناه بالتوقع. بذلك تكتمل الصورة التي تمثل كُليَّ الواقع. والمثال المتخيل هو مثال من يقف على وسط نهر يتأمل جريانه وقوة اندفاعه أو سلاسة انسيابه، لكنه ليعرف الأسباب يحتاج إلى العودة وأن يرتد على آثاره قصصاً ليشاهد منابع النهر ويركض إلى الأمام ليرى مصبه ومنتهاه. «إنه نهر الحياة». ينظر: تنبيه المراجع، 72.

وجود الواقع»[1].

مما سبق، يتبين أن اعتبار المآل لم يكن «**محمود الغب جاريا على مقاصد الشريعة**»[2] إلا من جهة كونه صلة وصل بين النص والواقع، وميزانا لسلامة تطبيق القواعد والأدلة من خلال تأطيره لعملية تحقيق المناط من خلال رعي «**التطابق الكامل بين الأحكام الشرعية وتفاصيل الواقع المراد تطبيقها عليه، بحيث لا يقع إهمال أي عنصر له تأثير من قريب أو بعيد، في جدلية بين الواقع وبين الدليل الشرعي، تدقق في الدليل الكلي والجزئي، وفي الواقع والمتوقع بتقلباته وغلباته، والأثر المحتمل للحكم في صلاحه وفساده**»[3].

4- التقعيد المقصدي لمبدأ مراعاة المآل

المقصود بالتقعيد المقصدي:«**صياغة القواعد الكلية المتعلقة بالمعاني العامة المستقرأة من مواقع المعاني الشرعية**»[4]، فعملية التقعيد

1 - ينظر: تنبيه المراجع، ص: 56.

2 - ينظر: الموافقات، 5 / 178

3 - ينظر: تنبيه المراجع، ص: 57.

4- هذا تعريف مقترح للتقعيد المقصدي، وتحليل عناصره هي كالآتي:

ـ قولي: «صياغة» معناه أن الذي يقوم بعملية التقعيد يعمد إلى بناء القواعد المقصدية ضمن قوالب لفظية تدل على المعاني المقصودة، بحيث يدل مبناها على معناها ضمن إطار العموم المعنوي الذي تتسم به القواعد المقصدية، فالعالم الذي يصوغ القاعدة المقصدية يراعي أن يشمل معناها ما يصدق عليه من الجزئيات المصلحية مستصحبا في ذلك البناء الأصولي للقاعدة التي لا تكتسب الصبغة المقصدية بدونه، ولذلك قال الجويني رحمه الله: «ومن لم يتفطن لوقوع المقاصد في الأوامر والنواهي فليس على بصيرة في وضع الشريعة» ينظر: البرهان في أصول الفقه، 1/ 101

ـ قولي: «القواعد الكلية»: معناه أن هذه القواعد شاملة لكل الأحوال، صالحة أن تطبق على كل الأشخاص في كل الأزمنة والأمكنة، بحيث تكون مضطردة في جميع فروعها يصح الاستدلال

في كل فن أمر ضروري، به تنضبط فروعه وجزئياته، وهذا أمر تفرضه الحاجة العلمية لاستجماع عناصره التي يقوم بها، ودون هذه القواعد يكون عمل العاملين في هذا الفن نوعا من العبث، يقول الشاطبي رحمه الله: «**فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات في هذه الكليات عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، فمحال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها، فمن أخذ بنص في جزئي معرضا عن كلي فقد أخطأ، وكما أن من أخذ بالجزئي معرضا عن كلية فقد أخطأ، كذلك من أخذ بالكلي معرضا عن جزئية**»[1].

هذا المنهج الذي قرره الشاطبي هنا، نجده يلتزمه التزاما تاما وهو بصدد الحديث عن المقاصد عموما واعتبار المآل على وجه الخصوص، فهو قد استقرأ موارد الأحكام وحصل لديه وعي تام

بها في إنتاج الحكم الشرعي، وبيان القصد من تشريعه باعتبار أن الأحكام ما هي إلا وسائل المقاصد، وباعتبار ان القاعدة المقصدية كاشفة عن الحكم وليست ذات الحكم.

ـ قولي: «المتعلقة بالمعاني العامة»، هذا ارتباطا بأن المقاصد غايات ومعاني إلهية تراعى في تنزيل الأحكام الشرعية، وهذه المقاصد والغايات والحكم والمعاني مبثوثة في كل أبواب الشريعة، ولذلك فالتقعيد المقصدي غايته التعبير عن معنى عام توافقت الأدلة على كونه مقصودا من الشارع وعليه بنى أحكام شريعته.

ـ قولي: «المستقرأة من مواقع المعاني الشرعية» مستفاد مما قرره الشاطبي رحمه الله من أن تصفح الجزئيات واستقراءها يحصل منه في الذهن أمر كلي عام يجري مجرى العموم(ينظر: الموافقات، 4/ 57). هذا العموم الذي تفيده صيغه المبحوثة في كتب أصول الفقه والتي يتحقق بها الاستغراق والشمول لجميع ما يصدق عليه المعنى في الوقائع الجزئية على اختلاف مضامينها، يقول رحمه الله: «ودليل ذلك استقراء الشريعة، والنظر في أدلتها الكلية والجزئية، وما انطوت عليه من هذه الأمور العامة، على حد الاستقرار المعنوي الذي لا يثبت بدليل خاص، بل بأدلة مضاف بعضها إلى بعض، مختلفة الأغراض، بحيث ينتظم من مجموعها أمر واحد تجتمع عليه تلك الأدلة» (ينظر الموافقات،2/ 81).

1- ينظر: الموافقات 3/ 174

وفهم شمولي لمناشئها، هذا الاستقراء وهذا الفهم السليم جعلا الشاطبي يقرر بالقطع أن هذا المبدأ لا يمكن أن يتسم بالصبغة النظرية المقتصرة على مجرد فهم الحكم وثبوته بمدركه الشرعي، بل إن النظر في محله وإيقاعه هو المقصود عنده، بل الأكثر من هذا أن يقوم هذا النظرأي اعتبار المآلضابطا لتطبيق الأحكام وسلامة تنزيلها تحقيقا للمقاصد التي قصدها الشارع الحكيم، واعتبارا لتشخصها العيني الجزئي ولكل ما قد يطرأ عليها من الملابسات التي قد تؤثر في التقدير النظري لأيلولة بعض الأعيان وتوجب العدول بالنظر الاجتهادي إلى حكم آخر[2].

ولذلك نجده يقعد مجموعة من القواعد المقصدية التي تهم هذا المبدأ وتُجمل العناصر المكونة له، وقد جمعت بين طرفين وواسطة، فالطرف الأول هو قصد الشارع، والطرف الثاني هو قصد المكلف، باعتبار الأمرين معا معياران للحكم على الأفعال والتصرفات، وأما الواسطة فتتعلق بما يعترض سبيل نيل الحظوظ واقتناص المصالح من الأمور والعوارض الطارئة[3]، وبعبارة أخرى فإنه إذا كان المآل يتسم بالموضوعية، فإن مقاصد المكلفين هي معيار ذاتي ينظر إلى الباعث على الفعل مع مراعاة ما يحف بالفعل من قرائن[4].

هذان المعياران انتظمهما الشاطبي رحمه الله في قواعد مقصدية

2- ينظر: نحو منهج أصولي لفقه الأقليات، ، ص:59.
3- ينظر: منهج الدرس الدلالي عند الإمام الشاطبي، للدكتور عبد الحميد العلمي،ص: 152.
4 – ينظر: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ، ص: 361-360.

تشملهما معا أحيانا، أو تختص بكل واحد منهما أحيانا أخرى، ودافعه في ذلك ما بينهما من اتصال وثيق يترجم عمليا عند التعامل مع تصرفات المكلفين، ومن بين هذه القواعد:

القاعدة الأولى: النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا[1]:

تقوم هذه القاعدة على كون مآلات الأفعال مقصودة ومعتبرة شرعا، بغض النظر عن قصد المكلف، فإذا كان المآل لا يتفق مع مقصد الشارع كان المنع منه ابتداء قبل وقوع الفعل من المكلف، لأن الدفع أسهل من الرفع[2]، خاصة إذا كانت المفسدة راجحة بالنظر إلى ما يحف بها من القرائن والأحوال، لكن إذا وقع الفعل وترتب عليه الضرر فالواجبُ مَنْعُ المكلف من الاستمرار في فعله، وهذا إذا كان الفعل مشروعا في أصله وآلَ إلى ممنوع شرعا، أما إذا كان قد آل إلى مصلحة تَفُوقُ مفسدته وهو ممنوعٌ أصلا، فإن سَلْبَ المشروعية عنه

1 – ينظر: الموافقات، 5/ 177

2 – معنى هذه القاعدة: أن بعض تصرفات المكلفين يكون بالامكان منعها ابتداء، لكن إذا واقع المكلف تصرفا وتلبس به قد يصعب إخراجه منه، بل قد يكون الحكم عليه بالمنع من ذلك التصرف موقعا في مفسدة أكبر من تلك التي يراد منعه منها، وهذا مخالف لقصد الشارع، ولذلك كان أصل اعتبار المآل محكما في فروع هذه القاعدة. وللقاعدة صيغ أخرى منها: «البقاء أسهل من المنع»، و«يغتفر في البقاء ما لايغتفر في الابتداء»، و«يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء»، و«يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل»، و«المنع أسهل من الرفع»، و«يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في متبوعاتها»، و«يغتفر في التبع ما لا يغتفر في الاستقلال»، و«الدوام على الشيء هل هو كابتدائه ؟».ينظر: القواعد لابن رجب الحنبلي، ص:290، والأشباه والنظائر لابن السبكي، 1/ 143، والمنثور في القواعد الفقهية للزركشي، 2/ 155، والأشباه والنظائر في فقه الشافعية، لجلال الدين السيوطي،ص: 138، والأشباه والنظائر لابن نجيم، 1 / 84، وغمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، للحموي الحنفي2/ 354، والبهجة شرح التحفة للتسولي، 2 / 228، والذخيرة للقرافي،5 / 192، وإيضاح المسالك إلى قواعد مذهب مالك للونشريسي، ص: 13.

لا معنى لاستمراره التفاتا إلى المآل وإعمالا له.

القاعدة الثانية: على المجتهد أن ينظر في الأسباب ومسبَّباتها[1]:

هذه القاعدة مكملة للقاعدة الأولى من حيث إلزامُ الناظر في النازلة النظرَ إلى المآل وتحريه والوقوف عليه، والنظر في مدى موافقته لمقاصد التشريع، وذلك على اعتبار أن «**الأسباب من حيث هي أسباب إنما شرعت لتحصيل مسبَّباتها، وهي المصالح المجتلبة أو المفاسد المستدفعة**»[2]، وعلى اعتبار أن المعاني هي مسببات الأحكام، فالواجب على المجتهد أن ينظر إلى الأسباب ومسبباتها.

القاعدة الثالثة: قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده موافقا لقصده في التشريع[3]:

تستند هذه القاعدة إلى الحفاظ على أصل المقاصد التي قامت عليها الشريعة الإسلامية، على أساس أنه لا يكفي أن يكون ظاهر الفعل مشروعا حتى تضفى المشروعية على نتيجته، بل لا بد أن يقصد المكلف من فعله أمرا مشروعا، ومطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصده الشارع.

فأساس جلب المصالح ودرء المفاسد يحتم على المكلف ألا ينقض هذا الأساس المصلحي الذي قامت عليه الشريعة عدلا ومصلحة معتبرة سواء كان ذلك النقض بالعمل على غير الحد الذي

---

1 – ينظر: الموافقات: 1/ 372

2 – نفسه: 1/ 382

3 – نفسه: 3/ 23–24

رسمه الشارع وراعاه؛ أم كان بتوجه قصده إلى خلاف ما أراده الله تعالى من الحكم المشروع، فالمناقضة إذن تتصور بالفعل وتتصور بالقصد، ومحلها هنا في هذه القاعدة القصد[1].

القاعدة الرابعة: لا يلزم القصد إلى السبب، فللمكلف ترك القصد إليه بإطلاق وله القصد إليه[2]:

ومعنى هذه القاعدة أنه كما تقع الموافقة بالتوجه إلى عين ما قصده الشارع، فإنها تقع بِتَرك قصد ما قصده الشارع، ما دام لم يصاحب ذاك الترك قصد لمناقضة عين ما قصده الشارع، فللمكلف أن يترك القصد على غير ما قصده الشارع، وله أن يقصد إليه كذلك.

القاعدة الخامسة: إذا كان الالتفات إلى المسبب من شأنه تقوية السبب والتكملة له، والتحريض على المبالغة في إكماله فهو الذي يجلب المصلحة، وإن كان من شأنه أن يَكِرَّ على السبب بالإبطال أو بالإضعاف أو بالتهاون به فهو الذي يجلب المفسدة[3]:

معنى القاعدة أن النظر إلى المسببات قد ينبني عليه مصلحة في بعض الأسباب، وأن قطع النظر إلى المسببات هو الأولى في أسباب أخرى، فالالتفات إلى هذه المسببات، والنظر إليها يحفز المكلف على الابتعاد عن أسبابها، والانقطاع عن وسائلها نظراً لمآلاتها الضارة، ولنتائجها الفاسدة فيكون النظر إلى الأسباب في تلك الحال مُنْتجًا

1 – ينظر: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص: 387.
2 – ينظر: الموافقات: 1/ 313
3 – نفسه:. 1/ 371–372

للمصلحة عن طريق الامتناع عن تحصيلها قطعا.

القاعدة السادسة: المقاصد معتبرة في التصرفات[1]:

إن لمقصد المكلف أثره على تصرفه، ذلك أن المقاصد هي التي تميز العبادات عن العادات، وإذا تعلق العمل بالقصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا عري من القصد لم يتعلق به شيء، فالحكم الذي يترتب على أمر هو على مقتضى المقصود من الفعل[2]، وعموما فإن هذه القاعدة لا تُشَكِّل الأثر العملي في حال مناقضة قصد المكلف لقصد الشارع، وإنما تكتفي بعموم تقريرها إلى دور نية المكلف وباعثه في التأثير على حكم التصرفات[3].

القاعدة السابعة: من ابتغى في التكاليف ما لم تُشَرَّع له فعمله باطل[4]:

تؤكد هذه القاعدة على أثر مناقضة قصد المكلف لقصد الشارع، ومجال إعمال هذه القاعدة هو الأفعال المشروعة التي يعلم المكلف موافقتها للشرع، فيستعملها بغية تحقيق مقصد غير مشروع، وقد ثبت أنه متى تأكدت مناقضة المكلف لقصد الشارع صراحة، حُكِم على عمله بالبطلان والهدر، ولا يثبت لهذا الفعل أي أثر شرعي.

القاعدة الثامنة: كلُّ فعلٍ مأذونٍ فيه يُصبِح غير مأذونٍ فيه إذا آلَ إلى مفسدة غالبة أو أكثرية، سواء قَصَدَ المُمَارِسُ ذاك المآل أو لم

1 – نفسه: 3/ 13

2 – ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا، ص: 5.

3 – ينظر: قواعد المقاصد، ص: 434.

4 – ينظر: الموافقات: 3/ 28

يقصده[1]:

تَعود هذه القاعدة إلى المعيار المادي الذي توزن به الأفعال، إذ لا اعتبار للباعث هنا، بل العبرة في النتيجة الواقعة أو المحتملة بعيدا عن قصد المكلف، وهذه القاعدة لها ارتباط بقاعدة إقامة المظِنَّةِ مَقامَ المَئِنَّة[2] وهي القاعدة التي استند إليها مالك بالنظر إلى إقامة كثرة الوقوع مقام الغلبة حسما لوسائل الفساد، غير أن قيام المكلف بفعله رغم علمه بفساد مآله كثرة أو غلبة دليل على القصد الفاسد.

وحيث إن مآلات الأفعال هي الثمرة المرجوة من سائر المشروعات، فإن الشريعة حرِصت على أن تكون جملة أحكامها باعتبارها وسائل إلى تلك الغايات، متجهةً إلى ما اقتضاه الشرع لها من وضع المشروعات، وأدنى مَيْلٍ عن هذا المسلك بقَصْد أو فِعل يُعَدُّ إخلالا بالحكم ذاته، لأنه لا معنًى للموافقة في الظاهر والمخالفة في الجوهر والقصد، لاتحاد النتيجة الآجلة وهي تفويت مقاصد الشريعة وهدمها.

وما دامت مآلات التصرفات هي هذه المقاصد المرعية، فإن إضمار قصد تجاوزها وتفويتها، هو خرق معتبر لتلك المآلات المقصودة

1 – ينظر: قواعد المقاصد، ص: 455.

2– المظنة: من ظن، مظنة الشيء: موضعه. ينظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس،3 / 462، ولسان العرب،13 / 272.مادة:(ظنن) وتاج العروس، 35/ 369.،المئنة، مأخوذة من: إن، يقال: فلان مئنة للخير، أي موضع له. ينظر: أساس البلاغة للزمخشري،1/ 37، مادة (أن ن). والفرق بين المئنة والمظنة، أن المئنة تفيد غلبة وقوع الشيء، بينما المظنة تفيد كثرة وقوعه.

للشارع من التشريع[1].

إن عمل المجتهد بمبدأ اعتبار المآل بحكم كونه مسلكا يُكشف به عن مدى تحقق المقاصد المتغياة من الأحكام، يقتضي أن يكون تحقيق المناط هو الحاكم عليه، لأن بتحقيق المناط يدرك المفتي أو المجتهد فقه المحل بعد أن عَلِم فقه الحكم، وفي المبحث التالي بيان العلاقة بين اعتبار المآل وتحقيق المناط.

ثانيا: التوصيف الأصولي لمبدأ مراعاة المآل

١- الاجتهاد في الفقه الإسلامي

تضمنت الشريعة الإسلامية أصولا ثابتة وقواعد كلية، ونصوصا عامة قادرةً على الوفاء بما ينظم سير الحياة الإنسانية ومصالح العباد الدينية والدنيوية؛ كما تضمنت من السعة والمرونة والخصائص ما يجعلها قابلة للتطور ومواكبة للحياة بمستجداتها وملابساتها، في كل الأعصار إلى أن تقوم الساعة.

ووسيلة هذا التطور وهذه المواكبة للواقع إنما تكون بالاجتهاد الصحيح الذي يعطي للشريعة خصوبتها وثراءها، ويُمَكِّنُ من إخضاع الواقع البشري لشرع الله، فيتم ربط الإنسان بخالقه، وتتحقق بذلك حقوق الله وحقوق العباد دون تفريط ولا تضييع في الجهتين معا.

والاجتهاد في الشريعة الإسلامية يتخذ صورا كثيرة تتحدد بحسب الأدلة والنصوص والمعطيات الشرعية ؛ فيتنوع بين صورة الاجتهاد

1 - ينظر: اعتبار المآلات، ص: 65.

الجزئي وبين الاجتهاد في الأدلة الكلية والقواعد والمقاصد الشرعية الكلية والعامة، وذلك بحسب ما تقتضيه طبيعة النازلة، بحيث يعمد المجتهد إلى تنزيل مقاصد الشريعة على الواقع.

لذا، فكما امتد أصل اعتبار المآل ضمن النظرية المقصدية العامة، فإنه يجد امتداده ضمن دائرة الاجتهاد الفقهي عموما والمقصدي خصوصا، ولا غرابة في أن يُعد مبدأ مراعاة المآل مصدرا اجتهاديا ودينيا[1] وذلك باعتبار تبعيته للأدلة الشرعية التي يقول عنها الشاطبي: «**كل دليل شرعي فمبني على مقدمتين: إحداهما: راجعة إلى تحقيق مناط الحكم، والأخرى: ترجع إلى نفس الحكم الشرعي، فالأولى نظرية، وأعني بالنظرية هنا ما سوى النقلية سواء علينا أثبتت بالضرورة أم بالفكر والتدبر، ولا أعني بالنظرية مقابل الضرورية، والثانية: نقلية، وبيان ذلك ظاهر في كل مطلب شرعي، بل هذا جار في كل مطلب عقلي أو نقلي؛ فيصح أن نقول: الأولى راجعة إلى تحقيق المناط، والثانية راجعة إلى الحكم، ولكن المقصود هنا بيان المطالب الشرعية... لأن الشرائع إنما جاءت لتحكم على الفاعلين من جهة ما هم فاعلون**»[2]، ويقول أيضا:«كل مسألة تفتقر إلى نظرين: -نظر في دليل الحكم، -ونظر في مناطه، فأما النظر في دليل الحكم لا يمكن أن يكون إلا من الكتاب والسنة، أو ما يرجع إليهما من إجماع أو قياس أو غيرهما»[3].

1- نفسه ص: 68.
2- ينظر: الموافقات، 3/ 232.
3- ينظر: الاعتصام،491

وعلى هذا، يمكن أن نقرر أن الاجتهاد الفقهي يقوم على مقدمتين:

ـ**الأولى**: مقدمة نقلية، أو ما يمكن تسميته بالمقدمة الشرعية الحاكمة على المناط[1]، والمسلم بها باعتبار رجوعها إلى الشرع سواء كانت نصا أو اجتهادا، ومن خلال هذه المقدمة يتم تعيين الحكم الشرعي في الواقع

ـ**الثانية**: مقدمة تطبيقية، هي آخر مراحل الاجتهاد[2]، وهي ما يسمى بتحقيق مناطات الأحكام، وتطبيق النصوص في أفرادها[3]، وهو الذي عناه الشاطبي حين قال:«**الاجتهاد على ضربين، أحدهما لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة، والثاني يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا. فأما الأول فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط**»[4].

2- مفهوم تحقيق المناط

أ- مفهوم تحقيق المناط:

التحقيق لغة يفيد معنى إحكام الأمر وتيقن ثبوته ووجوبه[5].

والمناط: هو مُتَعلَّق الشيء[6]، أما في الاصطلاح فإن المناط يرادف

1- ينظر: الموافقات، 5/ 414-417-420

2- ينظر: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص:373.

3- ينظر: الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه في الفقه الإسلامي، ص: 189،ومذكرة في أصول الفقه للشنقيطي،ص: 243 - 244.

4- ينظر: الموافقات، 5/ 11

5- ينظر: أساس البلاغة، 1/ 203، والصحاح، 4/ 1460، ولسان العرب: 10/ 49، و المصباح المنير، 1/ 144، وكليات الكفوي ص: 454، ومعجم مقاييس اللغة، 2/ 18

6- ينظر: أساس البلاغة، 2/ 308. معجم مقاييس اللغة ، 5/ 370، والصحاح،3/ 1165 ،

معنى العلة عند الأصوليين، وهي عندهم: الوصف الظاهر المناسب المنضبط الذي جعله الشارع معرفا للحكم[1]، أو هي: الباعث على الحكم، أي المشتمل على حكمة صالحة لأن تكون مقصود الشارع من شرع الحكم[2]، وهذا المعنى الثاني هو الأكثر ارتباطا بالطبيعة الأصولية لمبدأ اعتبار المآل، وذلك أن اعتبار المآل ينظر في مدى تحقق المقصد الذي قصده الشرع الذي هو متعلق الحكم، ومن ثم الحكم على الفعل بالإقدام أو الإحجام، فمتى كان الفعل موافقا للباعث على تشريع الحكم بقيت له المشروعية التي ثبتت له بالشرع، وإذا وقعت المناقضة بين فعل المكلف والقصد الذي قصده الشارع انتفت هاته المشروعية.

وعلى هذا، إذا كان التحقيق يفيد معنى الثبوت، والمناط يفيد معنى تعلق الحكم بالقصد الشرعي، فإن تحقيق المناط بمعناه الاصطلاحي هو أعم من القياس[3]، لأنه يتجاوز حدود كون المناط مجرد وصف ظاهر منضبط، ليشمل كل معنى كلي تندرج تحته جزئيات كثيرة جدا لا تنحصر، ويكون البحث عن الجزئيات التي تتضمن معنى كليا داخلا في صميم تحقيق المناط[4]، وبذلك يكون تحقيق المناط

1- ينظر: أصول السرخسي، 2/ 304، والمحصول للرازي،5/ 257، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي، 1/ 127، والبحر المحيط للزركشي، 2/ 6

2- ينظر: الإحكام للآمدي3/ 202،والإبهاج شرح المنهاج،3/ 40، والبحر المحيط، 7/ 144، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للشوكاني، 2/ 110

3- ينظر: شرح مختصر روضة الناظر للطوفي الحنبلي، 3/ 236

4- ينظر: تحقيق المناط عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء، للدكتور عبد الرحمن

اجتهادا في بيان وجود العلة وتحققها في الفرع أو آحاد الصور أو صورة النزاع[1]، وعلى هذا اتفق الأصوليون مع اختلاف بينهم في كون العلة مستنبطة أو منصوصا عليها[2].

تأسيسا على الذي سبق نقول إن تحقيق المناط هو كما عرفه الشاطبي رحمه الله حين قال: «**أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله**»[3]، ومعنى هذا أن الناظر المجتهد لا بد وأن يكون قد علم العلة التي هي مناط الحكم في الأصل عن طريق مسالكها المعروفة وخاصة منها تنقيح المناط وتخريجه، ثم يكون التحقيق وسيلة التثبت من تحقق مناط نفس العلة في الفرع المراد الحكم عليه[4] برمته وكمال صفاته[5].

إن تعريف الشاطبي رحمه الله قد يفهم منه أن المدرك الشرعي

الكيلاني، ص: 83.

1- هي استعمالات مختلفة للأصوليين في تناولهم لمعنى تحقيق المناط، ينظر: روضة الناظر لابن قدامة، 2/ 145، ونهاية السول شرح منهاج الوصول للإسنوي 1/ 336، و الإحكام للآمدي2/ 302، والإبهاج في شرح المنهاج للسبكي3/ 82، والبحر المحيط 7/ 324

2- اختلف الأصوليون في تعريف تحقيق المناط على مذهبين: الأول ينظر إليه باعتبار أن العلة فيه يجب أن تكون ثابتة بالنص أو الإجماع ومتفقا عليها، ويبقى البحث في تعيين المواضع التي تتحقق العلة فيها،وهو ما ذهب إليه الغزالي وابن السبكي والزركشي، والثاني: لا يفرق بين كون العلة منصوصا عليها أو مستنبطة متفقا عليها أومختلفا فيها، وهو مذهب الآمدي وابن النجار. ينظر: المستصفى 2/ 241، والإبهاج 3/ 82، والبحر المحيط 3/ 324، وإرشاد الفحول 2/ 142،والإحكام للآمدي 2/ 302،ومختصر التحرير شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي،4/ 200

3- ينظر: الموافقات، 5/ 12

4- ينظر: البحر المحيط،7/ 325

5- ينظر: أساس القياس للغزالي، ص:37.

الذي يثبت به الحكم لا بد أن يكون نصا أو إجماعا، والحق أنه يتعدى ذلك إلى أن يشمل ثبوت الحكم بالاجتهاد والاستنباط، ودليل ذلك تلازم المقدمة النظرية والمقدمة النقلية التي هي لسان الشرع نصا إذا تعلقت بالجانب الدلالي من تأويل أو تفسير أو تنقيح، أو اجتهادا محضا من قياس أو مصلحة أو غير ذلك[1]، وجماع ذلك كله قول الشاطبي نفسه في موضع آخر: «**كل استدلال شرعي مبني على مقدمتين: إحداهما: شرعية: وفيها من النظر ما فيها، ومقدمة نظرية تتعلق بتحقيق المناط**»[2].

ب - أنواع تحقيق المناط

- تحقيق المناط العام:

فهو يتأسس على أن جميع المكلفين سواء أمام الحكم التكليفي الذي يتصف بعمومية تجعله بريئا من التقيد بقيود الزمان والمكان والأشخاص، بل إن عمومه يقتضي الحكم به على سبيل الاستغراق والإطلاق، وهذا ما يمكن أن نصفه بالتجريد، هذا التجريد هو الذي يجعل الحكم الشرعي في ذاته متصفا بالدوام والثبات، لا رهين الظروف والأحوال يتغير بتغيرها ويتقلب بانقلابها، ومتعلقا بالإنسان المطلق عن عوارض الشخص المختلفة وأوضاعه الواقعية المستأنفة[3].

1- ينظر: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص:375.

2- ينظر: الموافقات، 3/ 311

3- ينظر: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، ، مجلة المسلم المعاصر، مج 27 ع 105 ص:25.

إن تشخيص فهم الأحكام يضفي على الشريعة طابع الظرفية بحيث تكون قابلة للنسخ بحولان الزمن[1]، ولهذا وجب على المتصدر للفتوى والاجتهاد وتطبيق الحكم التمييز بين الأنواع، لأن تصرفات الإنسان في الواقع تشتمل على أنواع متعددة مشمولة بالأوامر والنواهي الشرعية المتجهة إلى تلك الأجناس، وهذا يستلزم التحقيق في الأنواع المتشابهة والتمييز بينها من حيث البنية والغايات والآثار[2]، ومن ثم إلحاق كل واحد منها بجنسه وحكمه الذي أراده الله له بحسب مناباته في الواقع، فلا بد أن يكون المجتهد عارفا بتلك الجهات والأجناس والأنواع التي ينظر فيها لينزل الحكم الشرعي على وفق مقتضاها الشرعي.

وهذا النوع من التحقيق لا يفتقر إلى العلم بمقاصد الشريعة ولا إلى تمكن من العلم، فهو يستوي فيه العالم والحاكم والمفتي والمكلف العادي[3]، لأن غاية المطلوب فيه العلم بالموضوع على ما هو عليه، فيفتقر فيه إلى العلم بما لا يعرف موضع الحكم إلا به[4]، سواء عن طريق الاجتهاد أو التقليد، كما أنه قد يثبت بدليل شرعي وقد يثبت بغير دليل، أي أنه يكفي فيه ثبوته في الواقع، يقول الشاطبي: «**وأما النظر في مناط الحكم فإن المناط لا يلزم منه أن يكون ثابتا بدليل شرعي فقط**

1- المرجع السابق، ص:26.

2- ينظر: خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، ، ص:123.

3- ينظر: الموافقات،5/ 16

4 – ينظر: الموافقات:5/ 128

بل يثبت بدليل غير شرعي أو بغير دليل فلا يشترط فيه بلوغ درجة الاجتهاد بل لا يشترط فيه العلم فضلا عن درجة الاجتهاد، ألا ترى أن العامي إذا سئل عن الفعل الذي ليس من جنس الصلاة إذا فعله المصلى هل تبطل به الصلاة أم لا؟ فقال العامي: إن كان يسيرا فمغتفر وإن كان كثيرا فمبطل - لم يغتفر في اليسير إلى أن يحققه له العالم، بل العاقل يفرق بين الفعل اليسير والكثير، فقد انبنى هاهنا الحكموهو البطلان أو عدمه - على ما يقع بنفس العامي وليس واحدا من الكتاب أو السنة لأنه ليس ما وقع بقلبه دليلا على حكم وإنما هو مناط الحكم فإذا تحقق له المناط بأي وجه تحقق فهو المطلوب فيقع عليه الحكم بدليله الشرعي»[1].

- تحقيق المناط الخاص:

إذا كان تحقيق المناط العام متعلقا بالأنواع، فإن تحقيق المناط الخاص نظر في الحكم بعد تصور محاله التنزيلية[2]، ذلك أن الناظر قد يقع في نفسه أن هناك تشابها بين جزئيات وأفراد النوع الواحد، فيجري عليها حكما واحدا باعتبارها ذات مناط واحد، مع أنها قد تختلف عن بعضها البعض، فبالنظر إلى القرائن والملابسات المحيطة بكل فرد، فإن كل فعل هو في ذاته فعل مستأنف إن شابه أفعالا أخرى فإنه يختلف عنها كلها من حيث الفاعل والباعث على الفعل، ومن حيث

1 ينظر: الاعتصام، ص491.

2- ينظر: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص:386.

الزمان والمكان، والظروف المحيطة بالفعل وفاعله والآثار المترتبة عليه[1]، وهي أمور لا يمكن أن تقوم مجتمعة في كل الحوادث، فقد تجتمع كلها في حادثة ويتخلف بعضها في حادثة أخرى، وهذا له أثره في التنزيل والتطبيق وتكييف الحكم الشرعي، وذلك تبعا لنوع المنفعة أو المضرة بقطع النظر عن حكم أصل الفعل.

وبالنظر إلى سياسة التشريع فإن تحقيق العدل والمصلحة تلزم أن «**يجيب المفتي السائل على ما يليق به في حالته على الخصوص إن كان له في المسألة حكم خاص**»[2]، وهنا الفرق بين التحقيق العام والتحقيق الخاص، فالعام موضوعه الصورة المشتركة التي يتنزل عليها الحكم الشرعي، أما الخاص فموضوعه التميز الجزئي المخصوص للفعل أو الفرد، بحيث يكون حكمه على خلاف حكم جميع أفراده ونوعه[3].

هذا المعنى هو الذي يفيده الشاطبي بقوله: «**فتحقيق المناط الخاص نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، بحيث يتعرف منه مداخل الشيطان ومداخل الهوى والحظوظ العاجلة، حتى يلقيها هذا المجتهد على ذلك المكلف مقيدة بقيود التحرز من تلك المداخل، هذا بالنسبة إلى التكليف المنحتم وغيره، ويختص غير المنحتم بوجه آخر وهو النظر فيما يصلح بكل مكلف في نفسه، بحسب وقت دون وقت، وحال دون حال، وشخص دون شخص إذ النفوس**

1 - ينظر: خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، ص:125.
2 - ينظر: الموافقات: 5/ 233
3- ينظر: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص:387.

ليست في قبول الأعمال الخاصة على وزان واحد، كما أنها في العلوم والصنائع كذلك، فرب عمل صالح يدخل بسببه على رجل ضرر أو فترة، ولا يكون كذلك بالنسبة إلى آخر، ورب عمل يكون حظ النفس والشيطان فيه بالنسبة إلى العامل أقوى منه في عمل آخر، ويكون بريئا من ذلك في بعض الأعمال دون بعض، فصاحب هذا التحقيق الخاص هو الذي رزق نورا يعرف به النفوس ومراميها وتفاوت إدراكها، وقوة تحملها للتكاليف، وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها، ويعرف التفاتها إلى الحظوظ العاجلة أو عدم التفاتها، فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف، فكأنه يخص عموم المكلفين والتكاليف بهذا التحقيق، لكن مما ثبت عمومه في التحقيق الأول العام، ويقيد به ما ثبت إطلاقه في الأول، أو يضم قيدا أو قيودا لما ثبت له في الأول بعض القيود»[1].

من هنا نفهم أن على المفتي مراعاة تحقيق المناط العام والخاص على حد سواء، وما مراعاة المقاصد ومراعاة المآل في تكييف الحكم إلا وعاء هذه العلاقة بين مفهوم مراعاة المآل ومضمون تحقيق المناط.

3 -**علاقة تحقيق المناط باعتبار المآل**

تحقيق المناط -كما يقول الغزالي- «**أكثر من تسعة أعشار نظر**

1- ينظر: الموافقات، 5/ 24

الفقه، وهو بيان أحد فني النظر»[1]، فهو نظر في طبيعة التكليف، وفي أحوال المكلفين مجتمعا وأفرادا، ولذلك فهو أصل كلي، ومبدأ شامل، واجتهاد ثالث كامل يشمل مجمل الأدلة، ومحتكَمٌ في تنزيل الأحكام وسلامة التطبيق - كما قرره الشاطبي - يستعمل أدوات اللغة، وأدوات معقول النص[2]، فهو حكم على الأفعال وعلى الأشياء، وهو المبرهن على ديمومة الشريعة[3]، فلا غنى عنه في تفاصيل التكليف[4].

وإذا كان ما سبق ذكره يحدد خصيصة تحقيق المناط، فإن الأدلة تضافرت على أن اعتبار المآل من «**أبين الأصول على استجابة الشريعة لما يقتضيه تطور حياة الناس، بما يلابس أوجه نشاطهم الحيوي من ظروف، الأمر الذي يدعم صدق عموم الشريعة وخلودها بلا مراء**»[5]، وهذا ما يجعل صلته بتحقيق المناط صلة قوية تظهر من خلال تلك الجدلية بين النص والواقع، وحاجة المجتهد والمفتي إلى تأطير عمله بالمقاصد الكلية لإنتاج الإصابة في الأحكام والصواب في الاستنباط[6]، وهما أمران لا يتحققان -كما يقول شيخنا العلامة بن بيه- إلا من خلال ثلاثة عناوين، أولها: مدلول الدليل، وثانيها:

1 - ينظر: أساس القياس، لأبي حامد الغزالي، ص:43.
2 - ينظر: تنبيه المراجع، ص: 101.
3 - ينظر: تنبيه المراجع، ص: 102.
4 - ينظر: تنبيه المراجع، ص: 108.
5 - ينظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، العروسي، 1 / 13.
6 - ينظر: تنبيه المراجع، ص: 97.

منظومة التعليل، وثالثها: الاجتهاد بتحقيق المناط لربط الأحكام بالواقع بطرق ووسائل النزيل، وهذا النوع هو الذي يشتبك مع الأدلة[1].

هذا الاشتباك هو الذي يجعل من تحقيق المناط في التعامل مع الواقع ونوازله، يتخذ من إقامة الموازنة بين المصالح والمفاسد سبيلا، فيوازن المفتي بين ما يريده النص وبين المفسدة الملابسات التي تفرض نفسها عند التطبيق سواء كانت تؤول إلى مصلحة أم إلى مفسدة، وسواء كانت واقعة أو متوقعة بناء على قاعدة «**المتوقع كالواقع**»[2].كما يراعي أن الحكم الشرعي مرتبط بقصد الشارع منه، وهذا القصد لا ينكشف إلا بتمعن كبير في الجزئيات والوقائع، واستيعاب تام لطبيعة المصالح والمفاسد المتزاحمة في الفعل الواحد ومراتبها، والمقصود بذلك التعارض بين مصلحة الأصل ومفسدة المآل المساوية لها أو الراجحة عليها، مما يوجب على المجتهد أن يستثني الحكم من القواعد العامة والدليل العام إما بالإذن في الفعل إن كان ممنوعا في الأصل عن طريق الاستحسان، أو المنع منه إذا

1 - ينظر: تنبيه المراجع، ص: 98.

2- معنى القاعدة هو: أن ما كان متوقع الحدوث، ويغلب على الظن حدوثه أو زواله يعطى حكم الموجود، ولهذه القاعدة صيغ مختلفة، منها: المتوقع هل يجعل كالواقع ؟ وما قارب الشيء هل يعطى حكمه ؟، وما قارب الشيء يأخذ حكمه، وهل الاعتبار بالحال أو بالمآل ؟، والمشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟، وهل النظر إلى حال التعلق أو حال وجود الصفة؟ والنظر إلى المقصود أو إلى الموجود ؟ ينظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي، 1 / 113، والمنثور في القواعد للزركشي، 3 / 167، والأشباه والنظائر للسيوطي، ص: 178، والذخيرة، 5 / 230، وقواعد المقري، 1 / 313، وإيضاح المسالك، ص: 86.

كان مباحا[1] عن طريق سد الذريعة ومنع الحيل، وهذا عَيْنُ ما عناه الشاطبي حين حديثه عن تحقيق المناط الخاص الذي اختلف مع العام لطروء عوارض عليه[2]وعين ما كان يستحضره وهو ينشر طي القواعد المندرجة تحت أصل اعتبار المآل، ونعني بها: الذرائع، والحيل، والاستحسان التي نحتاج التعريج على بيان علاقتها بتحقيق المناط.

أ- علاقة سد الذرائع بتحقيق المناط:

بالنسبة لعلاقة الذرائع بتحقيق المناط، يمكن القول إن اختلاف العلماء حول العمل بها من عدمه مرجعه إلى اختلافهم في تحقيق المناط، قال الشاطبي: «**فباب سد الذرائع مع هذا القبيل؛ فإنه راجع إلى طلب ترك ما ثبت طلب فعله لعارض يعرض، وهو أصل متفق عليه في الجملة، وإن اختلف العلماء في تفاصيله؛ فليس الخلاف في بعض الفروع مما يبطل دعوى الإجماع في الجملة**[3]».

وقال كذلك: «**وهكذا النظر في الأمور المشروعة بالأصل كلها، وهذا إذا أدى الاحتراز من العارض للحرج، وأما إذا لم يؤد إليه وكان في الأمر المفروض مع ورود النهي سعة كسد الذرائع ففي المسألة نظر، ويتجاذبها طرفان: فمن اعتبر العارض سد في بيوع الآجال وأشباهها**

1 ـ ينظر: الموافقات، 5 / 181

2ـ نفسه 3 / 301

3 – نفسه، 3/ 509

من الحيل، ومن اعتبر الأصل لم يسد ما لم يبد الممنوع صراحًا»[1].

وعلى هذا، فالشاطبي يرى أن رد الشافعي لسد الذرائع كان من باب تحقيق المناط، لذلك يقول:«**ومن أسقط حكم الذرائع كالشافعي، فإنه اعتبر المآل أيضًا؛ لأن البيع إذا كان مصلحة جاز، وما فعل من البيع الثاني فتحصيل لمصلحة أخرى منفردة عن الأولى، فكل عقدة منهما لها مآلها، ومآلها في ظاهر أحكام الإسلام مصلحة، فلا مانع على هذا؛ إذ ليس ثم مآل هو مفسدة على هذا التقدير، ولكن هذا بشرط أن لا يظهر قصد إلى المآل الممنوع**[2].

فعلاقة سد الذرائع إذن بتحقيق المناط مرجعها إلى أن سد الذرائع تشكل استثناء من الدليل العام يمنع تعدية الحكم دون نظر إلى مناطه ومآل العمل به، لذا كان المجتهد مكلفا أن ينظر في كل واقعة على حدة ضمن واقعها وظروفها وملابستها، وعملا بتحقيق المناط الخاص حتى يضمن سلامة تنزيل الحكم.

ب - علاقة الحيل بتحقيق المناط:

ما قيل في سد الذرائع يمكن أن يقال في الحيل، نظرا للارتباط الكبير بين القاعدتين، فكلاهما استثناء من أصل عام اعتبارا لعوارض وملابسات محتفة بفعل المكلف، وعلى هذا قرر الشاطبي أن الحيل متفق على بطلانها بين أهل المذاهب في الجملة، وحتى أبو حنيفة لما أجازها إنما أجازها تحقيقا للمناط كذلك.

1- نفسه، 3/ 528

2- ينظر: الموافقات، 5/ 182

قال الشاطبي: « **ومن أجاز الحيل كأبي حنيفة، فإنه اعتبر المآل أيضًا، لكن على حكم الانفراد، فإن الهبة على أي قصد كانت مبطلة لإيجاب الزكاة، كإنفاق المال عند رأس الحول، وأداء الدين منه، وشراء العروض به، وغيرها مما لا تجب فيه زكاة، وهذا الإبطال صحيح جائز؛ لأنه مصلحة عائدة على الواهب والمنفق، لكن هذا بشرط أن لا يقصد إبطال الحكم، فإن هذا القصد بخصوصه ممنوع؛ لأنه عناد للشارع كما إذا امتنع من أداء الزكاة، فلا يخالف أبو حنيفة في أن قصد إبطال الأحكام صراحًا ممنوع، وأما إبطالها ضمنًا، فلا، وإلا امتنعت الهبة عند رأس الحول مطلقًا، ولا يقول بهذا واحد منهم**»[1].

ج- علاقة الاستحسان بتحقيق المناط:

إذا كانت سد الذرائع والحيل استثناء من القواعد العامة على وجه المنع من الفعل تحقيقا للمناط، فإن الاستحسان لا يخرج عن هذه الصورة، أي عن كونه استثناء من الدليل العام لكن على وجه الترخص في الفعل وإباحته مراعاة للمآل واعتبارا للعوارض المحيطة بالمكلف، وهذا الاستثناء هو أقرب إلى المصلحة والتطبيق السليم لكون دليل الاستحسان أقوى من دليل المنع[2] وأقوى من القياس الظاهر.

ثالثا: مكونات النظر في المآلات

المقصود بعناصر النظر في المآلات، ما يتشكل منه عمل المجتهد

1- ينظر: الموافقات، 5/ 188

2- ينظر: المناهج الأصولية للاجتهاد بالراي، للدكتور فتحي الدريني، ص: 6.

في تعامله مع النازلة من حيث هي، ذلك أن موضوع مراعاة المآل هو أفعال المكلفين والنتائج التي تنتج عنها، والحكم عليها بالمشروعية أو سلبها عنها.

وطبعا، فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بمصالح الناس، ودعت إلى مراعاتها في شؤون حياتهم، ورعاية المصالح هي تفضل من الله تبارك وتعالى على خلقه، مما استلزم أن تكون هذه الشريعة مراعية لأحوال الذين أنزلت عليهم، وهو منهج مطرد في كل الشريعة، باعتبار أن الشريعة موضوعة للتكليف بمقتضاها، ومن هنا كان خضوع جميع المكلفين إلى أحكامها أمرا يجسد ملمح العدل، فهي الحاكمة على جميع أفعال المكلفين.

فكل فعل صادر من المكلف لا بد أن تعطيه الشريعة حكمه من من الوجوب أو الاستحباب أو الحرمة أو الكراهة أو الإباحة، أو الصحة أو الفساد، لأن مهمتها إخراج المكلف من داعي الهوى إلى التقيد بأحكام الله تعالى.

فمن هنا يكون لتحديد مكونات النظر المآلي أهمية كبرى في استكمال مفهوم هذا التأصيل، كما سنبينه في المطالب الآتية.

المكون الأول: الفعل

من معهود الشرع أن كل فعل من أفعال المكلفين يرتبط بحكم شرعي يناسبه، وقد قرر الأصوليون أن الحكم الشرعي هو: خطاب

الله المتعلق بأفعال المكلفين[1] منعا وإطلاقا وصحة وفسادا[2]، وهو ليس بصفة للأفعال وإنما هو عبارة عن خطاب الله فيها[3]، ولأن الفعل لا ينفك عن المكلف وعن الواقع، فإنه ينظر إليه من خلال إحدى زاويتين:

1- **زاوية النية والباعث على الفعل**، وأثره في استنباط الحكم، ذلك أن التصرفات التي تصدر من المكلف تابعة لنيته وقصده، وبذلك يكون مآل وحكم هذا الفعل مرتبطا بهذه النية وهذا القصد.

2- **زاوية ما ينتهي إليه فعل المكلف**: ففعل المكلف قد يقع موافقا لقصد الشارع، لكنه يترتب عليه انخرام المقصد، فها هنا يتوجه النظر إلى النتيجة لا إلى نية الفاعل، إذ لا عبرة بالنية الحسنة ما دام المآل الواقعي للفعل قد جاء غير متسق مع قصد الشارع حتى وإن بدا في أوله موافقا له، وهذا ما ذهب إليه الشاطبي من كون المخالف في الفعل دون القصد مخالفا على الإطلاق، وفي حكم العامد الذي حمله باعثه على المخالفة.

يتبين إذن أن مناقضة قصد الشارع إما أن تكون هي الغاية من إقدام المكلف على الفعل، وإما أن يفضي فعله إلى مفسدة وإن لم يتحقق قصد المناقضة، والمآل إما مصلحة تستجلب وإما مفسدة تدفع، ولا

1 ـ انظر: البحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي، 1 / 95

2 ـ انظر: تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة، لأبي شجاع محمد بن علي بن شعيب بن الدهان، 2 / 387 .

3 ـ انظر: المحصول في أصول الفقه لابن العربي، ص: 23.

بد من اعتبار السبب وهو مآل المسبب، وعلى هذا، فسواء كان الفاعل قاصدا الإضرار، أو نتج عن فعله ضرر دون القصد إليه فلا بد من اعتبار المآل ومراعاته، وذلك بالنظر إلى أن للوسائل حكم المقاصد[1].

إن مهمة الفقيه والمجتهد لا تقف عند حدود النظر في الحكم الوضعي من خلال بحثه عن استجماع الفعل لأسباب والشروط وانتفاء الموانع، رغم أن الحكم الوضعي هو البيئة الأصولية لعملية تحقيق المناط، والمجال الناظم للدلالة التي تحوطها[2]، بل إنها تتجاوز الحكم الوضعي ليبحث عن تحقق المآل وقصد المكلف، فقد يُظهر النظر في المآل مانعا أو موانع لوقوعه، فكثير من الأفعال الجزئية المفهوم من ظاهرها الإذن أو المنع قد يكشف مآلها انعدام تحقيق مقاصد كلية ثابتة[3]، ومعنى هذا أن نظر الناظر مجتهدا كان أم مفتيا أم قاضيا ليس مطلقا عن القيد، فعواقب الفتوى، وأفعال

1 - معنى القاعدة هو أن الأفعال التي تؤدي إلى المقاصد يختلف حكمها باختلاف حكم المقاصد، فإن كان المقصود واجبا فوسيلته واجبة، وإن كان محرما فوسيلته محرمة، وإن كان مندوبا فوسيلته مندوبة، وإن كان مكروها فوسيلته مكروهة، وإن كان مباحا فوسيلته مباحة قال ابن القيم: «لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تُفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غايتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل». ينظر: إعلام الموقعين 2 / 135 والفروق للقرافي، و2/ 61 و 3/ 4، وشرح تنقيح الفصول، ص: 449، وقواعد المقري، 2 / 393، وقواعد الوسائل، لمصطفى مخدوم، ص: 223.

2 - ينظر: تنبيه المراجع، ص: 31

3 - ينظر: مدخل تأسيسي في الفكر المقاصدي، د. عبد الرحمن عضرواي، ص: 290

المكلفين، ومآلات الأحكام هي التي تبقى حاكمة على سلامة النظر حتى وإن كانت جارية على مقتضى القواعد الشرعية ، ولهذا قال الشاطبي: «**النظر في مآلات الأفعال مقصود شرعا**»[1].

المكون الثاني: الواقع

«إذا كان من المقرر بداهة أن طبيعة الاجتهاد عقل متفهم ذو ملكة مقتدرة متخصصة، ونص تشريعي مقدس يتضمن حكماً ومعنى يستوجبه، أو مقصداً يستشرف إليه، وتطبيق على موضوع النص أو متعلق الحكم، ونتيجة متوخاة من هذا التطبيق، فإن كل أولئك يكون نظرياً ما لم تكن الواقعة أو الحالة المعروضة قد دُرست درساً وافياً، بتحليل لعناصرها، وظروفها وملابساتها، إذ التفهم للنص التشريعي يبقى في حيز النظر، ولا تتم سلامة تطبيقه إلا إذا كان ثمة تفهم واع للوقائع بمكوناتها وظروفها، وتبصّر بما عسى أن يسفر عنه التطبيق من نتائج، لأنها الثمرة العملية المتوخاة من الاجتهاد التشريعي كله»[2].

هذا بيان لقيمة الواقع في نظر الفقيه المجتهد إلى مآلات الأفعال، إذ الواقع يلزم المجتهد مراعاته أثناء ممارسة للعملية الاجتهادية، وبدون النظر إلى ما يحيط بالفعل يكون عمله عبثا، قال ابن القيم: «**والواجب شيء والواقع شيء، والفقيه من يطبق بين الواقع والواجب**»[3].

1 – ينظر: اعتبار المآلات، ص: 107.
2 – ينظر مقدمة كتاب: « المناهج الأصولية في الاجتهاد بالراي» للدكتور فتحي الدريني، ص: 5
3 – ينظر: إعلام الموقعين،4 / 220

ولأن «**التشريع ليس عملا في الفراغ**»[1]، فإن مجرد المعرفة بالنصوص لا تكفي كما لا تكفي المعرفة بالواقع، ومن هنا ينبغي التأكيد على أهمية الجمع بين فقه النصوص الشرعية وفقه الأحوال الواقعية، حتى يمكن المجتهد تنزيل نصوص الشرع على الأحوال الواقعة، ومن المعلوم أن النصوص لا تتناول كل الصور والوقائع، ولكن مقاصدها وقواعدها، وأصول الاستنباط منها تفي بالحاجات مهما كثرت والمستجدات مهما تنوعت.

إن في القواعد والأصول من المرونة ما يحقق المقصد، والفتاوى تتغير بتغير أحوال الأشخاص والظروف والأعراف، والأصل في الأحكام الشرعية أنها مرتبطة بالحِكم والمقاصد والغايات، فحري بالمجتهد وهو ينظر في تنزيل الحكم أن ينظر إلى الواقع الذي ينزله عليه، والمراد هنا بالواقع ما يحيط بالإنسان والجماعة من أحوال وأفكار وقيم وطبائع، وهذا هو النوع الثاني من أنواع الفقه التي يحتاجها الناظر وهو يسعى إلى إيجاد الحكم الشرعي المناسب لما يصدر عن المكلف، وهو ما يقصده ابن القيم بقوله: «**ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما. والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا**

1 - ينظر: الاجتهاد بالرأي، ص: 33

الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر، فمن بذل جهده واستفرغ وسعه في ذلك لم يعدم أجرين أو أجراً. فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله»[1]، فدل ذلك على أن «فقه المجتمع والواقع يوازي فقه النص وأن فقه أبعاد التكليف قسيم فقه النص ومكمل له»[2].

ولا يتوقف الأمر على المفتي، بل يسري على القاضي والسلطان كذلك، لأن «**الحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده، وفي القرائن الحالية والمقالية كفقهه في كليات الأحكام أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها. فهاهنا نوعان من الفقه لا بد للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب، والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطي الواقع حكمه من الوجوب ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع**»[3].

إن كلام ابن القيم السابق يفرض سؤالا ذا أهمية بالغة، وهو: لماذا العناية بهذا الواقع؟ ولماذا التشديد في العناية به؟ إنه سؤال جوهري يجيب عليه شيخنا العلامة ابن بيه بقوله: «**إن تشديد ابن القيم على الفهم والفقه والاستنباط تدلُّ على أنَّ الواقعَ لا يكون دائمًا واضحًا وضوح الفجر الصادق؛ ولكنه قد يكون مغلَّفًا بغلالةٍ من غسق ظلام**

1- انظر: إعلام الموقعين، 2 / 87 - 88

2- انظر: فقه الواقع، أصول وضوابط، لأحمد بوعود، ص: 31.

3 - ينظر: الطرق الحكمية لابن القيم، ص: 14.

الشك والتشاكك، تفتقر إلى تسليط مصابيح الفكر مفعمةً بضياء التجربة والخبرة؛ لتبديد حلك الظلمة بنور اليقين الساطع والحقيقة الواضحة»[1].

إن ما نقرره هنا تتفصى عنه نتيجة كون الواقع هو «**الوسيلة لتنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع، باعتبار أنَّ الأحكام الشرعية معلقةٌ بعد النزول على وجودٍ مشخص هو وجود الواقع، أو الوجود الخارجي المركب تركيب الكينونة البشرية في سعتها وضيقها ورخائها وقَتَرها وضروراتها وحاجاتها وتطورات سيرورتها»**[2]، ومن ثم فإن المآل في «**الاعتبار الاجتهادي يقتضي نظرا تطوريا، أي: غير سكوني، ذلك أن اعتبار المآل في تنزيل الحكم الشرعي هو نظر إلى الواقع في صيرورته الحركية، فهو يتجاوز النظر السكوني إلى الواقع باعتبار حاله، ويرصد الحركة المتغيرة المؤثرة على الحكم الشرعي بعد تنزيله وإلباسه ظروف الزمان والمكان المتوقعة»**[3].

إن الواقع الذي نتناوله الآن، هو ما يعبر عنه الأصوليون بالمناط، والعوامل المؤثرة فيه هي المحل الذي يقع عليه، فهو «الإنسان فردا ومجتمعـًا، ولهذا فإنَّ المناط لا يتحقق إلا بالإنسان ومن خلال الإنسان نفسه فهو المحقق الأول والأخير، لأنه الفاعل والمحل. وإذا كان المحلُّ هو الإنسان، فعليه أن يكون قادراً على التعبير عن

1 – ينظر: تنبيه المراجع، ص: 42

2 – ينظر: تنبيه المراجع، ص: 56.

3 – ينظر: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص: 430.

حاجاته، ليكون التنزيل ممكنـًا، والتنزل واقعـًا»[1].

وينقسم النظر في الواقع إلى قسمين:

- نظر في الواقع ذاته.
- ونظر في مآله.

والسبب في هذا التقسيم، هو أن بعض الأفعال لا يتعدى تأثيرها إلى المآل، بل هي قاصرة على الحال لا تتجاوزه، وهذه تعطى أحكامها بلا نظر إلى مآلاتها لأنه لا ناتج عنها في الأصل، ومن الأفعال ما يخالف مآلها واقع الحال، وهذه لا بد من الحكم عليها من خلال مآلها[2].

بهذا يتبين أن لمقاصد الشريعة مدخلا في تصور أحوال الأعيان قبل تنزيل الحكم عليهم، فلا بد من مراعاة حصول المقصد الشرعي أو عدم حصوله من فقه أفراد الواقع، وذلك بدراسة طبيعة الوقائع في أحوال فاعليها، وفي علاقتها مع غيرها من الأوضاع، وفي أحوالها الزمانية والمكانية[3].

والمتأمل لكتب الفتاوى والنوازل يجد أن علماءنا وفقهاءنا ومفتينا رحمهم الله كانوا يصدرون أحكامهم على أساس مراعاة الواقع عند تنزيل الأحكام الشرعية عليه، تلك المراعاة التي استوجبتها طبيعة الواقع المشخص والجزئي، وذلك على اعتبار أن الطريق إلى الحكم هو العلم التام بالواقع ليُتَمكَّن من الحكم عليه.

1 - ينظر تنبيه المراجع، ص: 47.

2 - انظر: الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه في الفقه الإسلامي، لعبد الرحمن زايدي، ص: 196.

3 - انظر: التأصيل العلمي لمفهوم فقه الواقع، للدكتور سعيد بيهي، ص: 363.

ومن هذا المنطلق توسع المتأخرون في تأليف الكتب في النوازل وما جرى به العمل، لأن أكثر الوقائع المعروضة فيها هي وقائع أعيان عرضت على القضاة والمفتين، فأصدروا فيها أحكاما ليس معتمدهم فيها دائما على النصوص المجردة، وإنما نظروا فيها إلى اعتبار واقع الناس والأحوال والمآلات.

المكون الثالث: النتيجة

لقد سبقت الإشارة إلى أن النظر في مآل التطبيق أصل معتبر شرعا، لمساسه بأصل العدل والمصلحة المعتبرة، وهما أساس التشريع كله[1]، كما مر أن فعل المكلف الصادر عنه إما أن يقصد منه الضرر، وإما أن لا يقصده، وذلك لأن المجتهد لا يتعجل في إصدار الحكم على الشيء بالإذن أو المنع، ولا يبت فيه إلا بعد أن ينظر في التوابع والإضافات والقرائن المحتفة بالفعل في الواقع، ثم يعتبرها بآثارها ومآلاتها في تحقيق المقصد الشرعي أو تفويته[2].

فخصوصية الحكم رهينة بالنتيجة النهائية، قال الشاطبي رحمه الله: «**لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك، لأنه مقصود الشارع فيها - كما تبين -، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقا والمصلحة مخالفة فالفعل غير صحيح وغير مشروع، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخر**

1 - ينظر: نظرية التعسف في استعمال الحق، لفتحي الدريني، ص: 11.
2 - ينظر: اعتبار المآل، ص: 410.

هي معانيها وهي التي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات»[1].

إن فعل المكلف لا يخرج عن أحد ثلاثة أمور:

1 – أن يكون قصد منه الإضرار ومناقضة قصد الشارع، وهذا يعني تحقق القصد الفاسد الذي ينخرم به المآل المشروع، ومن ثم يكون لنتيجة المناقضة لقصد الشارع أثرها في بطلان الفعل، وتكون هي نفسها العلة المقصدية للحكم المترتب عليها وهي الحرمة، على اعتبار أن من ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل، ولا فرق هنا بين قصد الإضرار وبين اشتمال الفعل على باعث غير مشروع يستهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة[2].

2– ألا يقصد المكلف من فعله الإضرار ولا المناقضة لقصد الشارع، ولكن الفعل ترتب عليه ضرر، وحصلت عنه مناقضة، ومعنى هذا أن الفعل في أصله مشروع، لكن الضرر والمناقضة سلبا عنه صفة المشروعية، مما يعني ضرورة دوام التلازم بين صحة الغاية وسلامة الوسيلة إليها، ومن هنا كانت قاعدة سد الذرائع، ومنع التحيل هي قواعد النظر في المآلات في مثل هذه النوازل، وذلك بالاستناد إلى أصل التعليل المقاصدي للأحكام، القائم على إبطال التصرف الشرعي الذي تعلقت به المفسدة الواجبة الدفع، ولذلك قال الشاطبي: « **يكون العمل في الأصل مشروعا، لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة،**

1 – ينظر: الموافقات، 3 / 120

2 – ينظر: اعتبار المآلات، ص: 63.

أو ممنوعا، لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة»[1]، ومن هنا يكون لنظرية الباعث ونظرية الاحتياط -وما يتعلق بهما من قواعد الحيل والذرائع الوقائية- مداخلهما في النظر، وهذا ما سنقف عليه فيما يلي من البحث.

3- أن يصدر من المكلف فعلٌ الأصلُ فيه المنع، فالحكم البديهي هو أن يمنع المكلف من هذا الفعل مطلقا، لأن الدليل العام يقتضي ذلك. ولو سلمنا جدلا أن المجتهد تشبث بأصل المنع باعتبار أن الفعل فيه مناقضة لمقاصد الشريعة دون النظر إلى مآل التطبيق والتنزيل، فإنه بذلك يوقع المكلف في حرج وعنت ومفسدة ربما تكون أكبر من تلك التي قصد دفعها بسبب إعمال الدليل على عمومه، وعدم مراعاة ما يؤول إليه تنزيل الحكم على الواقع.

إن الشارع لم يقصد من خلال أحكامه فقط أن تنزل هذه الأحكام دون نظر إلى مآلاتها، بل إنه في نفس الوقت طلب أن ينظر إلى العوارض والملابسات المحتفة بالفعل وبتطبيق الحكم، يقول الشاطبي: «**ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية**»[2]، مما يعني أن هناك مستثنيات من القواعد الشرعية من سُنن الشريعة مراعاتها لقيام عوارض طارئة حتى لا يؤدي التزام هذه القواعد إلى تفويت مصالح أعظم من تلك التي يقصد الحفاظ عليها، أو إلى الوقوع في مفاسد أكبر من المصالح التي يراد

1 ـ ينظر: الموافقات، 5 / 181

2 – ينظر: الموافقات، 5 / 178

استجلابها.

من هنا تكون قاعدة الاستحسان وسيلة تنزيل الحكم على الفعل، لأن تحقيق المناط ينجلي عنه أن إعمال دليل المنع العام لن يحقق مقصده لسبب من الأسباب أو حال من الأحوال، فالواجب إذن هو العدول بها إلى تكييف استثنائي يضمن المصلحة التطبيقية التي اشتمل عليها الجانب النظري في خصوص ذلك المناط[1]،«**فالاستحسان في مذهب مالك الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمرًا، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فَوْتِ مصلحة من جهة أخرى، أو جَلْبِ مفسدة كذلك**»[2].

لقد قرر الشاطبي رحمه الله وهو يؤصل لاعتبار المآل مجموعة من القواعد التي تندرج تحته، والتي ينبغي أن يستثمرها الناظر في عمله، وأكبر استثمار لهذه القواعد هو الالتفات إلى المصلحة والعدل والرحمة، وهو المعنى الذي يقرره الإمام العز بقوله: «**اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقة شديدة أو مفسدة**

1 – ينظر: اعتبار المآلات، ص: 310.

2 – ينظر: الموافقات، 5/ 194

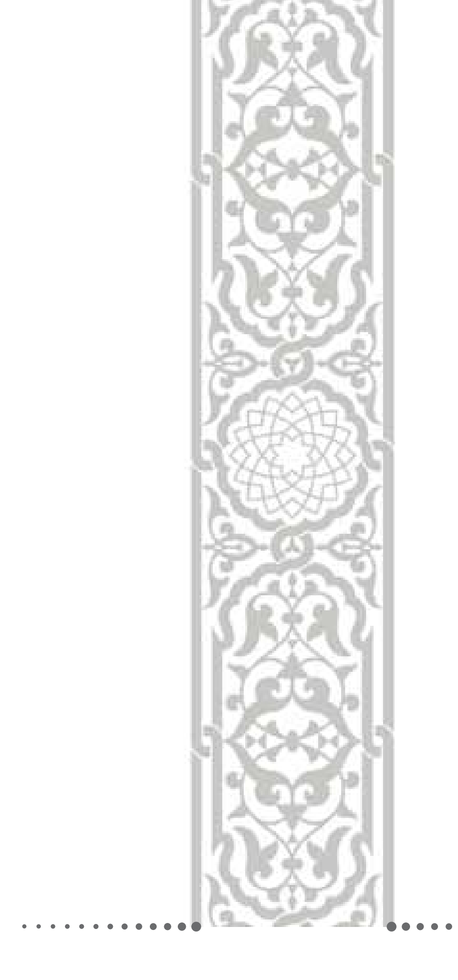
تربى على تلك المصالح، وكذلك شرع لهم السعي في درء مفاسد في الدارين أو في أحدهما تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربى على تلك المفاسد، وكل ذلك رحمة بعباده ونظر لهم ورفق، ويعبر عن ذلك كله بما خالف القياس، وذلك جار في العبادات والمعاوضات وسائر التصدقات»[1].

إن ما سبق ذكره يفضي إلى الشعور بثقل اعتبار المآل في النظر الفقهي، ويبين قوته الاستيعابية، فهو «**مصطلح ضخم وثقيل، ذلك أنه يستوعب قضايا أصولية متعددة ومتشابكة، تمتد من المجال الاجتهادي إلى المجال المقاصدي، والمجال التكليفي والوضعي من الأحكام الشرعية. ففي مجال الاجتهاد وُلِدَ، ومن قواعده خُلِق ورُكِّبَ، بيد أن له علاقة وطيدة بقضية المقاصد، إذ المآل ليس شيئا سوى المصالح والمفاسد المتوقعة استقبالا بعد إيقاع الفعل، فهو نوع من (المقاصد الطبيعية) لا (التكليفية)»**[2].

إن هذه القضايا المتشابكة، فرضت على الفقهاء أن يقيموا نظريات فقهية تستوعب النظر المآلي استنادا على تتبعهم معهودات الشرع وكلياته وجزئياته. إنها نظريات تسعف الفقيه بالأدوات والآليات التي تعينه على تشخيص ظواهر الواقع، ومعالجة آثاره، وعلاج علله، ونحاول في الفصل الموالي أن نتطرق إلى بعضها في مزيد بيان لوزن أصل اعتبار المآل في البحث الفقهي.

1 - انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام،2 / 138

2 - ينظر: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص: 429.



الفصل الثالث

النظريات الفقهية ذات الصلة باعتبار المآل

تعريف النظرية الفقهية

1- تعريف النظرية:

ـ هي عند الفلاسفة: تركيب عقلي مؤلف من تصورات منسقة، تهدف إلى ربط النتائج بالمبادئ[1]. وفي مجال العلوم البحتة، هي: «**تركيب عقلي واسع يهدف إلى تفسير عدد كبير من الظواهر، ويقبله أكثر العلماء في وقته من جهة ما هو فرضية قريبة من الحقيقة**»[2]. وعرفها وهبة الزحيلي فقال: «**النظرية بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك**»[3]. وقال مراد وهبة: «**النظرية مرادفة للنسق**». والنسق «**مجموعة من القضايا المترتبة على نظام معين، بعضها مقدمات لا يبرهن عليها في النسق ذاته، وبعضها الآخر يكون عبارة عن نتائج مستنبطة من هذه المقدمات**»[4].

فالنظرية في حقيقتها إطار عام يجمع بين جزئيات ترتبط فيما بينها رغم اختلاف مجالات تطبيقها واستعمالها، بحيث لا تفسر إلا ضمن نسق محدد.

2- تعريف النظرية الفقهية:

ـ عرفها الشيخ مصطفى الزرقا فقال: هي «**المفاهيم الكبرى التي**

1- ينظر: المعجم الفلسفي، لجميل صليبا، 2/ 477

2- نفسه، 2/ 478

3- ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، 2/ 7

4- ينظر: المعجم الفلسفي، لمراد وهبة، ص: ص: 447.

تؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا منبثا في الفقه الإسلامي... وتُحكِّمُ عناصرُ ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه شعب الأحكام»[1].

ـ وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بكون «**معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاما حقوقيا تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة كنظرية الحق**»[2].

وعرفها الدكتور جمال الدين عطية بأنها: «**التصور المجرد لموضوع فقهي عام، يتناول بحث أركانه وشروطه، والقواعد العامة الضابطة للأحكام الفرعية المتعلقة بذلك الموضوع الفقهي العام**»[3].

إذن، النظرية الفقهية تتكون من عناصر موضوع فقهي عام كنظرية العقد ونظرية الملكية، ونظرية التعسف في استعمال الحق، والباعث والاحتياط، وكل ما يتعلق به من أركان وشروط وقواعد فقهية تتناول كل جزئية من الجزئيات المكونة له، فهي تتناول أحكاما لوقائع مختلفة يجمع بينها رابط واحد.

إن القصد من هذا الفصل هو بيان الصلة التي تجمع بين عدد من النظريات الفقهية وبين اعتبار المآل، فقد تبين أن اعتبار المآل أصل مقصدي، وباعتباره كذلك فهو معتبر في جزئيات النظريات الفقهية، وعامل فاعل في مكوناتها، بل إن عددا من النظريات الفقهية هي مجال

1- ينظر: المدخل الفقهي العام، للزرقا، 1/ 235

2- ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، 4/ 7

3- ينظر: التنظير الفقهي، للدكتور جمال الدين عطية، ص: 9.

لإعمال القواعد التي تندرج تحت اعتبار المآل.

فمثلا، نظرية الباعث تطبق فيها قاعدتا سد الذرائع والحيل، ونظرية التعسف في استعمال الحق تطبق فيها قاعدة سد الذرائع، ونظرية الاحتياط تطبق فيها قاعدة الاستحسان، وقاعدة مراعاة الخلاف، وقاعدة سد الذرائع، وهو ما سيحاول البحث بيانه في مباحث هذا الفصل.

النظرية الأولى: نظرية الباعث وصلتها باعتبار المآل

١- التعريف بنظرية الباعث:

لم يستعمل الأصوليون والفقهاء مصطلح الباعث بشكل واسع، وأكثر استعمالهم له يأتي مرادفا لمعنى النية والقصد، ومع ذلك نجد عددا من أعلام الفقه والأصول استثمروا هذا الاصطلاح في كتاباتهم وأقوالهم، فهذا أبو العباس القرطبي يقول: «**فالمخلص في عباداته هو الذي يخلصها من شوائب الشرك والرياء، وذلك لا يتأتى له إلا بأن يكون الباعث له على عملها قصد التقرب إلى الله وابتغاء ما عنده**»[1].

ويقول القرافي:«**بيع النقد إذا تقابضا فيه ضعفت التهمة وإنما المنع حيث تقوى، واحتُج أيضا بأن العقد المقتضي للفساد لا يكون فاسدا إذا صحت أركانه كبيع السيف من قاطع الطريق والعنب من الخمار، مع أن الفساد في قطع الطريق أعظم من سلف جر نفعا لما فيه من ذهاب النفوس والأموال، وجوابه أن الفساد ليس مقصودا للقصد**

1- ينظر: المفهم لما أشكل من تلخيص صحيح مسلم، لأبي العباس القرطبي، 3/ 742

بالذات بخلاف عقود صور النزاع، فإن تلك الأغراض الفاسدة هي الباعثة على العقد، لأنه المحصل لها والبيع ليس محصلا لقطع الطريق وعمل الخير»[1].

هذه نصوص تثبت أن الفقه الإسلامي يعنى بالبواعث النفسية، وهذا ما يجعله فقها تقويميا [2] يتعلق بالإرادة وتوجيهها وتطهير الباعث كي لا يحرك الإرادة إلى تطلب غايات غير مشروعة تناقض مقاصد الشارع وتهدم قواعده.

إن الباعث عامل نفسي وفكرة تنزع إلى إحداث عمل إرادي[3]، فهو«**المقصود الحقيقي غير المباشر المحرك إرادة المكلف نحو تصرف ما**»[4]، فهو المقصد الأول للمكلف سواء كان مشروعا أو غير مشروع، وقد يكون كامنا وراء مقصد آخر ظاهر ولكن التأثير في الحكم يكون له لا للباعث الظاهر، إذ لا يمكن أن يكون الباعث النفسي مجرد نتيجة طارئة لتصرف ما قوليا كان أو فعليا، علميا أو عمليا، بل هو المحرك لإرادة المكلف[5]، الذي تقع تصرفاته تابعة لنيته وقصده في أحكامها ومآلاتها المترتبة عليها فإذا كان القصد مشروعا كان الفعل

1- ينظر: الفروق، 3/ 440

2- ينظر الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في استعمال الحق، للدكتور فتحي الدريني، ص: 78.

3- ينظر: المعجم الفلسفي لمجمع اللغة العربية، ص: 30.

4- ينظر: حقيقة الباعث في الفقه الإسلامي، للدكتور خالد بن سعد الخشلان، ص: 20، ونظرية التعسف في استعمال الحق، للدكتور فتحي الدريني، ص: 196.

5- ينظر: حقيقة الباعث، ص: 2122.

المبني عليه مشروعا، وإذا كان القصد غير مشروع تبعه الفعل كذلك في عدم المشروعية لأن الأمور بمقاصدها.[1]

فبحسب مسايرة المكلف لمقتضيات الشارع تكون صحة عمله أو فساده، فمن تغيى الصلاح فقد صلح عمله ومن تغيى الفساد فسد عمله، وقد مر معنا قول الشاطبي:«**كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة...**»[2]، ولا بد لفهم هذا من أن نربطه بقوله:»**المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة**»[3].

ومن عدل الشريعة الإسلامية أنها لا تجعل من مجرد النية سببا في بطلان تصرفات المكلفين، بل هناك معيار آخر يتمثل في اعتبار الملابسات المحيطة بهذه التصرفات، فمتى ثبت أن الإنسان أراد من عقد يعقده الوصول إلى غرض غير مشروع، فإن ذلك العقد يبطل لأنه يؤدي إلى الغاية غير المشروعة، ومن هنا جاء ما يسمى بأصل النظر في مآلات الأفعال.

لقد وضعت القواعد التشريعية لتحقيق مصالح أساسية، فهي لم تشرع حكما لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان التكييف ولا عبثا بل شرعت لمصالح شرعية معتبرة، اقتضت تشريعها ويتقيد بذلك

1- ينظر:اعتبار المآلات: ص: 216.

2 – ينظر: الموافقات: 3/ 27.

3 – نفسه 3/ 27

استعمالها ظاهرا وباطنا[1]، وذلك باعتبار أن الإرادة هي الركن الأساسي المحرك لجميع تصرفات الإنسان، وهي ذات وجهين:

- وجه خارجي ظاهر، يسمى الإرادة الظاهرة.
- ووجه داخلي باطني يسمى الإرادة الباطنة.

فالإرادة الظاهرة تتمثل في التعبير اللفظي، أو ما يقوم مقامه من عبارات، وهذا التعبير يكشف عن النية والقصد، ويعتبر الطريق الطبيعي للتفاهم بين الناس، وتعتبر الإرادة الظاهرة هي الأصل في التعامل والألفاظ وضعت لتعريف ما في النفس.

يقول ابن القيم: «**إن الله وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده وما في نفسه بفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكاما بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علما...**»[2].

أما **الإرادة الباطنة**: فهي النية التي لا يمكن لأحد من الناس أن يطلع عليها وتكون داخل النفس والقلب والوجدان، وخواطر القلوب وما استكن في النفس لا يدخل تحت الاختبار، ولو ترتبت عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة، ورحمته سبحانه تأبى ذلك....

1 - ينظر الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، لفتحي الدريني، ص: 78.

2 - ينظر: إعلام الموقعين: 3/ 105

فالعلاقة بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة هي علاقة ما بين القلب واللسان، فجعل اللسان على الفؤاد دليلا بحيث تبرز العبارة التي ينطق بها اللسان أو ما يقوم مقامها ما يدور في داخل النوايا والأفئدة والصدور من مقاصد وغايات ودوافع وفق المجرى العادي للوقائع؛ وتترجمها إلى واقع يعرفه الآخرون ويرتبطون على أساسه بأفعالهم وأقوالهم بأي نوع من أنواع الارتباطات مثل الالتزام أو العقد أو التصرف.

ورغم أن النية لسيت أمرا محسوسا، بل طبيعتها الكمون والتخفي وراء الظواهر ولا يعلمها إلا الله سبحانه وتعالى، فإن التعلل بهذه الصفة في عدم اعتبارها يؤدي إلى معارضة أصل عظيم من أصول الشريعة وهو حفظ المقاصد الكبرى[3].

من هنا كانت «**المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فتجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا، أو صحيحا من وجه فاسدا من وجه، كما أن القصد في العبادات يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة، أو صحيحة أو فاسدة، ودلائل هذه القاعدة كثيرة جدا**»[4].

وتقتضي حكمة الشرع أن أي تصرف مآله أن يفضي إلى ضرر ولو كان مشروعا، فإنه يجب تلافيه شرعا، على اعتبار أن جوهر قاعدة المآلات هو دفع المضار الواقعة وحتى المتوقعة من باب قاعدة

3 – ينظر: اعتبار المآلات: ص: 219.

4 – ينظر: بيان الدليل على بطلان التحليل، لابن تيمية ، ص: 127.

الاحتياط التي هي أيضا من متضمنات النظر المآلي.

والخلاصة أن التصرفات والبواعث وسائل إلى غايات ومقاصد في نفس المكلف، لا ينظر إليها في ذاتها من حيث الصحة والفساد، أو الإذن والمنع، بل تأخذ حكم ما أدت إليه.

2- العلاقة بين نظرية الباعث ومبدأ اعتبار المآل

بعد أن تبينت ملامح نظرية الباعث، بقي أن يرصد البحث العلاقة بين هذه النظرية وبين مبدأ اعتبار المآل، هذه العلاقة التي تستند على أن مقاصد المكلفين هي مجال إعمال اعتبار المآل.

يقول الإمام الشاطبي:«**المقصد الشرعي من وضع الشريعة إخراج المكلف عن داعية هواه، حتى يكون عبدا لله اختيارا، كما هو عبد لله اضطرارا**»[1]. فالله لم يخلق العباد إلا للتعبد له سبحانه وتعالى، والدخول تحت أمره ونهيه، ومن هنا نحكم على كل عمل اتُّبع فيه الهوى بإطلاق ببطلانه بإطلاق، لأنه خلاف الحق، فاتباع الهوى طريق إلى المذموم، وإن جاء ضمن المحمود، لأنه إذا تبين أنه مضاد بوضعه لوضع الشريعة في العمل، كان مخوفا لأنه سبب تعطيل الأوامر وارتكاب النواهي، ولأنه إذا اتبع وصار عادة أحدث في النفس ولها وأنسا به حتى يسري في كل أعمالها، واتباعه في الأحكام الشرعية مظنة لأن يحتال بها على أغراضه، ومن تتبع مآلات الهوى في الشرعيات وجد من المفاسد كثيرا[2].

1 - ينظر: الموافقات، 2/ 289

2 - ينظر: الموافقات، 2/ 299

وعلى هذا الأساس يبني الشاطبي تقسيمه المقاصد الشرعية، حيث يقسمها إلى قسمين:

* **مقاصد أصلية**: لا حظ فيها للمكلف، وهي الضروريات المعتبرة في كل ملة[1]، ومجالها هو الضروريات التي لا بد فيها من قيام مصالح الدين والدنيا [2]، وبها قيام مصالح عامة مطلقة، ولا تخص حالا معينا ولا صورة معينة، ولا وقتا معينا، وهي تنقسم إلى قسمين:

- ضروية عينية واجبة على كل مكلف في نفسه، حيث تحصل المصلحة لكل واحد من المكلفين، وذلك تعلقا بإيقاع الحكم التكليفي أمرا أو نهيا على الوجه المأمور به شرعا بحيث يكون العبد حاضر النية مخلَصها، آتيا ما استطاع من الأعمال بحسب طاقته[3].

- وضرورية كفائية منوطة بالغير أن يقوم بها على العموم، بحيث إذا استقامت تستقيم الأحوال الخاصة، وهي مشروطة بألا يسعى القائم عليها على استجلاب مصلحة لنفسه، وعلى هذا المسلك يجري العدل ويصلح النظام[4].

* **مقاصد تابعة**: التي للمكلف فيها حظ، وهي كما قال الشيخ عبد الله دراز رحمه الله: «**التسببات المتنوعة التي لا يلزم المكلف أن يأخذ بشيء خاص منها، بل وُكِل إلى اختياره أن يتعلق بما يميل إليه وتقوى**

1- ينظر: الموافقات، 2/ 300

2- ينظر: موافقة قصد الشارع ومخالفته، للدكتور طارق بكيري، ص: 78.

3- ينظر: الموافقات، 2/ 383

4 - ينظر: الموافقات، 2/ 302

منته عليه»[1].

ومن هذه الجهة يحصل للمكلف مقتضى ما جبل عليه من نيل الشهوات، والاستمتاع بالمباحات وسد الخلات وغيرها[2]، وهذه مكملة للمقاصد الأصلية وخادمة لها لأنها لا تقوم في الخارج إلا بها، فلو عدمت التابعة لم تتحقق الأصلية.

فعلمنا بهذا أن فعل المكلف إذا وافق المقاصد الشرعية الأصلية وراعاها، وقع هذا العمل صحيحا، لأن هذه المقاصد راجعة إما إلى الأمر أو إلى النهي، وهي حينئذ طاعة للآمر وامتثال لما أمر به، وإما إلى ما فهم من الأمر فهو حينئذ وسيلة وسبب إلى الوصول إلى حاجة المكلف، فهو عمل بمحض العبودية[3].

فقصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع، إذ الشريعة موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما يقصد الشارع، ولأن المكلف خلق لعبادة الله، وذلك راجع إلى العمل وفق القصد في وضع الشريعة، لنيل الجزاء في الدنيا والآخرة[4].

1 – ينظر: هامش الموافقات، 4 / 136، طبعة دار الكتب العلمية.

2- ينظر: الموافقات، 2/ 303

3 – ينظر:الموافقات، 2/ 304

4 –نفسه، 3/ 24

وبالتأمل، يتبين لنا أن مقاصد المكلفين من أهم فروع المقاصد التي يرتبط بها مبدأ مراعاة المآلات، والمقصود بمقاصد المكلفين الإرادة والباعث الذي يجعل المكلف يتجه بما يصدر عنه إليه، إذ من المقرر عقلا وشرعا أن مقاصد الشارع ليست عبثية، بل إنها تعد أفعال المكلفين وسائل لتحقيق المصالح، على اعتبار «**أن الشارع قاصد للمسببات في الأسباب، وإذا ثبت هذا لم يكن للناظر بد من اعتبار المسبب وهو مآل السبب**»[1]، ومن ثم فإن كل فعل من أفعال المكلف لا بد وأن يرتبط يه حكم من الأحكام الشرعية سواء كان هذا الارتباط واقعا أو متوقعا.

إذا ثبت هذا عندنا، فإن المكلف ملزم شرعا بأن يوائم فعله ومقصده مع مقصد الشارع، وبما أن الفعل هو مادة النظر المآلي فإن مناقضة قصد الشارع إما أن تكون هي غاية المكلف بإقدامه على الفعل، وإما أن يفضي فعله إلى مفسدة وإن لم يتحقق قصد المناقضة[2]، والمآل إما مصلحة تستجلب أو مفسدة تدرأ، فليس للمجتهد بد من اعتباره إذن.

على هذا يتأسس منهج الشرع في التعامل مع تصرفات المكلفين، وهو يقوم على فكرة أن غائية الشريعة ومعقوليتها هي مناط الحكم على التصرف بالصحة أو البطلان، فإذا كان قصد صاحبه مخالفة

1 – نفسه، 5/ 179
2 – ينظر: اعتبار المآلات، ص: 107.

قصد الشارع ولو لم تكن نية المخالفة ظاهرة اعتبر ذلك في الحكم على فعله، وهي قاعدة حَدَّدَت بشكلٍ ظاهر أثر هذه المناقضة بوصف الفعل المشروع أصلا، والذي قصدً به المكلف أمرا غير مشروع بالبطلان والنقض، ومجال هذه القاعدة وفق ما يفهم من كلام الشاطبي هو الأفعال المشروعة التي هي من أصل الشرع، ويعلم المكلف موافقتها له فيتوسل بها لغرض غير مشروع.

إن هذا المنهج يترجم عمليا إعمال مبدأ اعتبار المآل وسواء في ذلك أن يكون المآل متحقق الوقوع، أو ظني الوقوع، أو كثير الوقوع[1]، فمسلك اعتبار المآل فيه واحد.

1ـ المآل المتحقق الوقوع: وهذا لا نجد مخالفة في اعتباره بين سائر المذاهب المعتبرة، وقد فصل فيه القرافي رحمه الله ونقل الإجماع

1- الأصل أن العلماء يقسمون المآلات إلى أربعة أقسام: المآل المتحقق الوقوع، والمآل الظني الوقوع، والمآل الغالب الوقوع، والمآل النادر الوقوع، ولن يتطرق البحث إلى النوع الرابع، وهذا النوع لا اعتبار له لأن أفعال المكلفين قابلة للافضاء إلى محرم في النادر، فلو اعتبرت لوقع الناس في حرج كبير. قال الإمام العز: «ما لا يترتب مسببه إلا نادرا، فهذا لا يحرم الإقدام عليه لغلبة السلامة من أذيته وهذا كالماء المشمس في الأواني المعدنية في البلاد الحارة، فإنه يكره استعماله مع وجدان غيره، خوفا من وقوع نادر ضرره، فإن لم يجد غيره تعين استعماله لغلبة السلامة من شره؛ إذ لا يجوز تعطيل المصالح الغالبة لوقوع المفاسد النادرة» ينظر: قواعد الأحكام، 1/ 85.

وقال الشاطبي « وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرا، فهو على أصله من الإذن لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بالندور في انخرامها، إذ لا توجد في العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة؛ إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة، ولم يعتبر ندور المفسدة إجراء للشرعيات مجرى العاديات في الوجود، ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة -مع معرفته بندور المضرة عن ذلك- تقصيرا في النظر، ولا قصدا إلى وقوع الضرر، فالعمل إذًا باق على أصل المشروعية» ينظر الموافقات، 3/ 74.

عليه[1]، وبعده الشاطبي[2] الذي قرر أن ما كان أداؤه إلى المفسدة قطعيا عادة له نظران:

- نظرٌ من حيث كونه قاصدا لما يجوز أن يقصد شرعا من غير قصد إضرار بأحد فهذا من هذه الجهة جائز لا محظور فيه.

- ونظرٌ من حيث كونه عالما بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود مع عدم استضراره بتركه، فإنه من هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار لأنه في فعله إما فاعل لمباح صرف لا يتعلق بفعله مقصد ضروري ولا حاجي ولا تكميلي فلا قصد للشارع في إيقاعه من حيث يوقع؛ وإما فاعل لمأمور به على وجه يقع فيه مضرة مع إمكان فعله على وجه لا يلحق فيه مضرة، وليس للشارع قصد في وقوعه على الوجه الذي يلحق به الضرر دون الآخر.

وعلى كلا التقديرين فإن توخيه لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لا بد فيه من أحد أمرين: إما تقصير في النظر المأمور به وذلك ممنوع، وإما قصد إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضا، فيلزم أن يكون ممنوعا من ذلك الفعل لكن إذا فعله فيعد متعديا بفعله ويضمن ضمان المتعدي على الجملة، وينظر في الضمان بحسب

1- ينظر: الفروق، 2/ 59-60 عند تفصيله الحديث عن قاعدتي الوسائل والمقاصد، الفرق: 58، وقد مثل رحمه الله لذلك بحفر الآبار في طريق المسلمين، وإلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تبارك وتعالى، على الرغم من أن الشاطبي جعل سب الأصنام من المآل الظني لا القطعي، وينظر معه: شرح تنقيح الفصول، ص: 448.

2- ينظر:الموافقات، 3 / 54 و72..

النفوس والأموال على ما يليق بكل نازل»[1].

2ـ **المآل الظني الوقوع**: ذهب أهل المذاهب في اعتبار المآل الظني إلى قسمين: الأول، مذهب المالكية والحنابلة، والثاني مذهب الحنفية والشافعية[2].

القسم الأول:

- مذهب الأحناف:

يذهب الأحناف إلى عدم اعتبار القصد ما لم يتم التنصيص عليه في العقد، وعلى هذا فلا يفسد العقد إلا بما تضمن أو صرح فيه بنية فاسدة توجب الحكم ببطلان العقد، يقول الطحاوي: «**ومن كان له عصير فلا بأس في بيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرا دون من يخاف ذلك عليه، لأن العصير حلال فبيعه حلال، كبيع ما سواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما سيفعله المشتري فيها، وإنما جاز هذا العقد إذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمنا أن يتخذه المشتري خمرا، فالبيع في هذه الحال صحيح ولو اتخذه المشتري بعد ذلك خمرا**»[3].

فإذا تأملنا كلام الطحاوي تبين لنا أن القصد الدفين غير المعبر عنه في العقد لا يمكن عَدُّه سببا لإبطاله لأن الأمر مجرد تخمين فلا عبرة

1- نفسه، 2 / 74 - 75

2- يبدأ البحث بمذهب الحنفية والشافعية مراعاة للسياق الذي اختاره.

3- مختصر الطحاوي، ص: 280، وانظر الهداية للمرغيناني، 4/ 94، ورد المحتار لابن عابدين، 5/ 295

به عندهم، فرغم أن بائعَ ماله وواهبَه قَبْل حَوَلان الحول قَصْدُه ظاهر في إسقاط الزكاة فإن العقد يقع صحيحا عندهم، وهذا من منطلق أن القصد أمر باطني لا يعلمه إلا الله، غير أن هذا لم يمنع هذا الأحناف من استخلاص القصد مما أطلقوا عليه «**طبيعة المحل**» **فيحكم على الفعل بالصحة أو البطلان كما في بيع آلات اللهو وبيع القرد، فهذه أمور لا تشتمل على منفعة شرعية ولا تستعمل في الغالب الأعم إلا في اللهو الحرام، فتقام طبيعة المحل دليلا على القصد الفاسدوهذا عندهم يدخل في العادة التي تقوم قرينة على القصد الفاسد، قال الكاساني:«وأما القرد – أي شراء القرد – فعن أبي حنيفةروايتان:وجه رواية عدم الجواز أنه غير منتفع به شرعا فلا يكون مالا كالخنزيروجه رواية الجواز أنه إن لم يكن منتفعا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده والصحيح هو الأول لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة بل للهو به وهو حرام فكان هذا بيع الحرام للحرام وأنه لا يجوز»**[1].

ونستخلص مما سبق أن الأحناف لا ينظرون إلى الباعث غير المشروع إذا لم يُنَص عليه في متن العقد، أو إذا لم يستخلص من طبيعة المحل، فإذا كان المحل في ذاته مشروعا، ولا تقوم المعصية بذاتها – أي المحل – فإن العقد يكون صحيحا، ولهذا نجدهم يصححون عقد بيع العصير من الخمار، فرغم كون المشتري خمارا قرينة قوية دالة على القصد الفاسد فإنهم لم يلتفتوا إليها لأن العصير عندهم قد يصلح

1- ينظر:بدائع الصنائع، 5/ 143

لأشياء أخرى كلها جائزة فيكون الفساد باختياره[1].

وللصاحبين أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني رحمهما الله قول بمجاوزة المحل والنظر في البواعث غير المشروعة، وقد رتبا الكراهة لا الحرمة على ذلك، كما في التحايل على إسقاط الشفعة قبل وجوبها، وكما في بيع العينة، قال الموصلي: «**ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة قبل وجوبها عند أبي يوسف، لأنه منع من وجوب الحق، ويكره عند محمد، لأنها شرعت لدفع الضرر، والحيلة في إسقاط الزكاة على هذا**»[2].

- **مذهب الشافعية:**

ينحو الشافعي رحمه الله في تقرير مذهبه منحى موضوعيا، ينطلق من نزعة موضوعية، وذلك حين يقرر بعبارة واضحة أنه لا يقيم اعتبارا للظن في احتمال القصد الفاسد، فيقول: « **أَصْلُ ما أذهب إليه أن كل عَقْدٍ كان صحيحـًا في الظاهر لم أُبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأَكْرَهُ لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا، ولا أفسد البيع إذا باعه إياه لأنه باعه**

1- ينظر: تبيين الحقائق، 5/ 125

2- ينظر: الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود الموصلي، 2/ 62

حلالا وقد يمكن أن لا يجعله خمرا أبدا، وفي صاحب السيف أن لا يقتل به أحدا أبدا، وكما أفسد نكاح المتعة، ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا وهو ينوي أن لا يمسكها إلا يوما أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح إنما أفسده أبدا بالعقد الفاسد»[1].

وفي موضع آخر يقول: «**لا نُفسد عقدا أبدا إلا بالعقد نفسه لا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ولا بتوهم ولا بأغلب وكذلك كل شيء لا نفسده إلا بعقده، ولا نفسد البيوع بأن يقول هذه ذريعة وهذه نية سوء، ولو جاز أن نبطل من البيوع بأن يقال: متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذي لا يحل كان أن يكون اليقين من البيوع بعقد ما لا يحل أولى أن يرد به من الظن، ألا ترى أن رجلا لو اشترى سيفا ونوى بشرائه أن يقتل به كان الشراء حلالا وكانت النية بالقتل غير جائزة ولم يبطل بها البيع**»[2].

الفريق الثاني:

- مذهب المالكية:

قرر العلماء قاعدة نفيسة هي أن: «**المظنة تقام مقام المئنة**»، وتقوم هذه القاعدة على أساس مسلك الاحتياط الذي يسلكه الفقيه والمجتهد في تعامله مع النازلة، فحين تكون الشبهة أو التهمة قوية فلا مناص أمام الفقيه من اعتبارها مراعاة للمآل، ذلك أن معهود الشرع أن

1- ينظر: كتاب الأم، 4/ 152

2- ينظر كتاب الأم 7/ 298-297

يقيم مظان الأمور مقام الأمور المقصودة في إفادة الأحكام[1]، و«**مقام العلم في أكثر الأحوال**»[2].

قال ابن فرحون[3]: «**وينزل منزلة التحقيق الظن الغالب، لأن الإنسان لو وجد وثيقة في تركة مورثه أو وجد ذلك بخطه، أو بخط من يثق به أو أخبره عدل بحق له، فالمنقول جواز الدعوى بمثل هذا والحلف بمجرده، وهذه الأسباب لا تفيد إلا الظن دون التحقيق، لكن غالب الأحكام والشهادات إنما تنبني على الظن، وتنزل منزلة التحقيق**»[4].

وعلى هذا يُبنى حكمُ الواهبِ مالَهُ قبْلَ الحَولِ هربا من الزكاة، وينبني منع العنب لمن يعصره خمرا، أو بيع ثياب الحرير ممن لا يلبسها[5]، ومنع بيع آلة الحرب من الحربين[6]، وبيع الخشبة ممن يجعلها صليبا، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة[7]، فالحكم بالتهمة على مثل هذه المعاملات معمول به في مذهب مالك[8]، رغم أن التهمة

1- ينظر: شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، لأبي حامد الغزالي، ص: 213-214.

2- ينظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، 1/ 85

3- هو أبو الوفاء برهان الدين ابراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، الفقيه الأصولي، من مؤلفاته تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، وكشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب، والديباج المذهب في أعيان المذهب، توفي سنة: 799 هـ. ترجمته في: شجرة النور الزكية، ص: 222، وينظر: شذرات الذهب، 6/ 357.

4- ينظر: تبصرة الحكام لابن فرحون، 1/ 110.

5- ينظر: مواهب الجليل على شرح خليل، للحطاب، 6/ 70

6- ينظر المدونة الكبرى،3/ 294

7- ينظر:المدونة الكبرى، 3/ 435، وحاشية الدسوقي، 3/ 7، وتبصرة الحكام لابن فرحون، 2/ 158

8- لأئمة المذهب نصوص تدل على ذلك، خاصة ما يتعلق ببيوع الآجال، ومن ذلك قول الإمام

مردها إلى الظن، ومع ذلك تعد دلالة على أيلولة القصد فالظن يجري مجرى العلم في العمليات.

قال الإمام الحطاب[1]: «**مُنِع كل بيع جائز في الظاهر يؤدي إلى ممنوع في الباطن، للتهمة أن يكون المتبايعان قصدا بالجائز في الظاهر التوصل إلى ممنوع، وليس ذلك في كل ما أدى إلى ممنوع، بل إنما يمنع ما أدى إلى ما كثر قصده للناس**»[2].

ونجد تأصيل ما ذكر آنفا في كلام الشاطبي حين يقول:«... **ما يكون أداؤه إلى المفسدة ظنيا فيحتمل الخلاف، أما أن الأصل الإباحة والإذن فظاهر... وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظنا فهل يجري الظن مجرى العلم فيمنع من الوجهين المذكورينأم لا لجواز تخلفهما وإن كان التخلف نادرا؟**»[3].

ويعلل الشاطبي هذا بأمور منها:

ـ أن الظن في أبواب العمليات جار مجرى العلم؛ فالظاهر جريانه هنا.

المقري في قواعده: « أصل مالك حماية الذرائع، واتهام الناس في بياعات الآجال، والربا»، انظر: القواعد: 1/ 146. وقال الشيخ الدردير: «ومنع عند مالك ومن تبعه أي بيوع الآجال للتهمة، أي: لأجل ظن قصد ما منع شرعا، سدا للذريعة، أي: بيع جائز في الظاهر كثر قصده، أي: قصد الناس له للتوصل إلى الربا». انظر: الشرح الكبير، 3/ 76

1- هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحيم بن حسين الرعيني المغربي المالكي، المعروف بالحطاب، توفي بطرابلس الغرب سنة: 954 هـ. ينظر ترجمته في: شجرة النور، ص: 269 والأعلام، 7/ 286

2ينظر: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، 6/ 271.

3- ينظر: الموافقات، بتصرف 3/ 75

ـ أن ما نُصَّ عليه من سد الذرائع داخل في هذا القسم، كالنهي عن سب المشركين، فإنهم قالوا: لتكُفَّنَّ عن سَبِّ آلهتنا أو لنَسُبَّن إلهك، فنزل النهي عن سبهم، وكنهيه عليه السلام عن شتم الرجل لوالديه[1].

ـ أن النبي عليه الصلاة والسلام كف عن قتل المنافقين لأنه ذريعة إلى قول الكفار: إن محمدا يقتل أصحابه.

ـ أن الله تعالى أمر المؤمنين أن يقولوا للنبي صلى الله عليه وسلم: ﴿رَاعِنَا﴾[2] مع قصدهم الحسن، لاتخاذ اليهود لها ذريعة إلى شتمه عليه الصلاة والسلام، وذلك كثير كله مبني على حكم أصله، وقد ألبس حكم ما هو ذريعة إليه.

ـ أن ذلك من باب التعاون على الإثم والعدوان الذي يجب المنع منه، خاصة إذا ظهر أن قصد المكلف من القيام بفعله مواقعة منهي عنه، أو الإفضاء إلى ضرر بالغير.

ثم يقول الشاطبي في لفظ جامع: «**والحاصل من هذا القسم أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه، فالأصل الجواز من الجلب أو الدفع وقطع النظر عن اللوازم الخارجية؛ إلا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل أو من باب التعاون منع من**

1- المقصود قوله عليه السلام: «إن من أكبر الكبائر شتم الرجل والديه». قالوا: يا رسول الله! وهل يشتم الرجل والديه؟ قال: «نعم، يسب أبا الرجل فيسب أباه، ويسب أمه فيسب أمه» رواه البخاري في كتاب الجهاد والسير، باب: من اكتتب في جيش فخرجت امرأته حاجة أو كان له عذر هل يؤذن له ؟ الحديث رقم: 3006، ومسلم في كتاب الحج، باب: سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره وغيره، الحديث رقم: 1341.

2- جزء من قوله تعالى «يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا» سورة البقرة، الآية: 103.

هذه الجهة لا من جهة الأصل فإن المتسبب لم يقصد إلا مصلحة نفسه؛ فإن حمل محمل المتعدي فمن جهة أنه مظنة للقصد أو مظنة للتقصير... ولذلك وقع الخلاف فيه؛ هل تقوم مظنة الشيء مقام نفس القصد إلى ذلك الشيء، أم لا؟»[1].

مذهب الحنابلة:

يوافق الحنابلة المالكية فيما قرروه من قواعد مذهبهم حول اعتبار المآل؛ سواء كان الأمر متعلقا بالمآل القطعي الوقوع أو الظني، وحتى الغالب الأكثري، ونصوص أئمة الحنابلة تشهد لذلك، قال ابن قدامة (620هـ):«**بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرا محرم**»[2]، وقال ابن مفلح(763هـ): «**ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كعصير لمتخذه خمرا قطعا، نقل الجماعة: إذا علم وقيل: أو ظنا، واختاره شيخنا. نقل ابن الحكم: إذا كان عندك يريده للنبيذ فلا تبعه، إنما هو على قدر الرجل، قال أحمد: أصحاب النبي ﷺ كرهوا بيع العصير وسلاح في فتنة لأن النبي ﷺ نهى عنه. قاله أحمد، قال: وقد يكون يقتل به، ويكون لا يقتل به، وإنما هو ذريعة له أو الحربي، ومأكول ومشموم لمن يشرب عليهما المسكر، وأقداح لمن يشربه فيها**»[3].

3ـ**المآل الكثير الوقوع**: هذا القسم هو موضع نظر والتباس، ذلك أن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان والأمر متردد بين الوقوع وعدمه،

1- ينظر: الموافقات، 3/ 77

2 – ينظر: المغني، 4 / 306

3- انظر: كتاب الفروع لابن مفلح، 6 / 170.

واحتمال القصد الفاسد لا يقوم مقام القصد ذاته لذلك فالأصل أن يحمل الفعل على أصل المشروعية والإذن، لكن مالكا نظر إلى هذا القسم باعتباره من باب سد الذرائع بناء على «**كثرة القصد وقوعا**» رغم أن القصد غير منضبط في أصله، فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد[1]، وأكثر ما يراعى هذا المآل في بيوع الآجال[2]، وبيع العِينة[3]، حيث يجب سد ذرائعها، لأنها

1- ينظر: الموافقات، 3 / 7779. والأصل في هذا، ما في الموطإ أن أم ولد زيد بن أرقم قالت لعائشة رضي الله عنها يا أم المؤمنين إني بعت من زيد بن أرقم عبدا بثمانمائة درهم إلى العطاء واشتريته بستمائة نقدا فقالت عائشة رضي الله عنها بئس ما شريت وبئس ما اشتريت أخبري زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب قالت أرأيتني إن أخذته برأس مالي فقالت عائشة رضي الله عنها ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمۡرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۖ﴾، أخرجه البيهقي في السنن الصغرى في البيوع، باب البيع بالبراءة من العيب، الحديث 1926، 5/ 146، وفي الكبرى باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل، رقم 10798 بتحقيق عبد القادر عطا، وأخرجه الدارقطني في سننه، في كتاب البيوع، رقم: 212، بتحقيق عبد الله هاشم المدني.

2- بيوع الآجال من اصطلاحات المالكية، وهي بيوع السلف عند غيرهم، ومعناها بيوع الذرائع الربوية، وهي البيوع التي ظاهرها الصحة (لو نظر لكل عقد منها على حدة) لكن تكتنفها تهمة التوصل بها إلى باطن محظور، لكثرة القصد إليها، وصورتها أن يبيع الرجل سلعة بمائة إلى أجل ويشتريها بخمسين نقدا، إذا أضيفت البيعة الثانية إلى الأولى صار الأمر سلف خمسين في مائة إلى أجل. ينظر: المقدمات الممهدات لابن رشد الجد، 2/ 39، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، 2/ 244، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، للدكتور نزيه حماد، ص: 122.

3- العينة لغة: بكسر العين، هي: السلف، وفي اصطلاح الفقهاء هي: أن يبيع الرجل شيئا من غيره بثمن مؤجل، قال ابن عبد البر: « ذريعة إلى دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل « وقال ابن جزي: « وسميت عينة لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها من البائع عينا، أي نقدا حاضرا». وقال الدسوقي: «إنما سميت عينة لأنها تعين المضطر على تحصيل مطلوبه على وجه التحيل بدفع قليل في كثير. ينظر: المصباح المنير للفيومي، 2 / 257،والاستذكار لابن عبد البر، 6/ 369، والكافي في فقه أهل المدينة، ص: 325، والمقدمات الممهدات، 2/ 56،

وإن كانت على صورة بيع جائز في الظاهر إلا أنها لما كثر قصد الناس التوصل إلى ممنوع في الباطن كبيع بسلف وسلف بمنفعة قياسا على الذرائع المجمع على منعها بجامع أن الأغراض الفاسدة في كل هي الباعثة على عقدها[1].

فالشرع قد يحتاط لما يكثر وقوعه احتياطه لما تحقق وقوعه، أخذا بالحزم والاحتراز من المفاسد التي يمكن أن تفضي إليها الأفعال التي ظاهرها الجواز[2]، فمتى اجتمعت مشروعية الفعل مع كثرة الوقوع كان ذلك قرينة على القصد الفاسد وانخرام المآل المشروع الذي هو قصد الشارع من وضعه للأحكام.

وقد قامت نصوص شرعية على اعتبار المآل بالنظر إلى كثرة وقوعه، منها: النهي عن شرب النبيذ بعد ثلاثة أيام[3]، والنهي عن خلط[4] الزبيب والتمر، والبسر والتمر، والنهي عن الانتباذ في أوعية بعينها

والذخيرة،16 – 5/ 18 وحاشية الدسوقي،3/ 88

1- ينظر: الفروق، الفرق 194، بين قاعدة ما يسد من الذرائع وقاعدة ما لا يسد منهما، 3/ 437، وتهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، للشيخ محمد بن علي بن حسين المكي المالكي، بهامش فروق القرافي، 3/ 438

2ينظر: الموافقات، 3/ 85

3- المراد ما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينبذ له الزبيب في السقاء؛ فيشربه يومه، والغد، وبعد الغد، فإذا كان مساء الثالثة شربه وسقاه، فإن فضل منه شيء أهراقه. رواه مسلم في كتاب الأشربة، باب: إباحة النبيذ الذي لم يشتد ولم يصر مسكرا، الحديث رقم: 2004.

4- المراد ما رويجابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يخلط الزبيب والتمر، والبسر والتمر. رواه البخاري في كتاب الأشربة، باب: من رأى أن لا يخل، الحديث: 5600، ومسلم في كتاب الأشربة، باب كراهة الانتباذ التمر والزبيب مخلوطين، الحديث: 1986.

دون غيرها[1] والعلة في هذه المنهيات هي المنع من المآل الفاسد لما يؤول إليه الحال من الإسكار، وهو ما بين النبي عليه السلام علةَ نهيِهِ فقال: «**لَوْ رَخَّصْتُ لَكُمْ فِي هَذِهِ لأَوْشَكَ أَنْ تَجْعَلُوهَا مِثْلَ هَذِهِ**»[2]، وذلك مخافة أن لا يقف الحالُ عند المشروع فيتعداه إلى الممنوع، وهذا يعني كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «**أن للشريعة أسرارا في سد الفساد لعلم الشارع بما جبلت عليه النفوس وبما يخفى على النفوس من خفي هواها الذي لايزال يسري فيهاحتى يقودها إلى الهلكة**»[3]، فكان بذلك الغالب الأكثري معتبرا في الشريعة اعتبار العام القطعي[4].

وعلى هذا فسواء كان الفعل القصد من ورائه الإضرار أو نتج عنه ضرر دون القصد إليه، كان لمراعاة المآل مدخلها الشرعي استنادا على قاعدة: «**للوسائل حكم مقاصدها**»، فالمقاصد هي التي تحدد مصير الأفعال التي يقوم بها المكلف.

قال الشاطبي: «**هذا العمل – يقصد به المناقض لقصد الشارع – يصير ما انعقد سببا لحكم شرعي – جلبا لمصلحة أو دفعا لمفسدة – عبثا لا حكمة من ورائه ولا منفعة فيه، وهذا مناقض لما ثبت في قاعدة**

1- المراد ما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الدُّبَّاء والحَنْتم والمُزفَّت والنقير. رواه البخاري في كتاب المغازي، باب وفد عبد القيس، رقم: 4368، ورواه مسلم في كتاب الأشربة، باب النهي عن الانتباذ في المزفت والدباء والحنتم والنقير، الحديث: 17.

2- أخرجه النسائي في المجتبى،كتاب الأشربة، باب الإذن في الانتباذ التي خصصها في بعض الروايات التي أتينا على ذكرها الإذن فيما كانت الأسقية منها، الحديث: 5646.

3- ينظر: بيان الدليل على بطلان التحليل لشيخ الإسلام ابن تيمية، ص: 256.

4- ينظر: الموافقات2 / 84

المصالح وأنها معتبرة في الأحكام»[1].

ويقول كذلك: «**كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في تكاليف الشريعة ما لم تشرع له فعمله باطل**»[2]، فيتأسس على هذا أن المكلف إذا قصد إلى غير ما يقصده الشارع كان كالفاعل لغير ما أمره الله به، وعمله المناقض بطلانه ظاهر، وعلة هذا البطلان هي معقولية الشريعة وغائية أحكامها.

النظرية الثانية

نظرية التعسف في استعمال الحق وصلتها بمبدأ مراعاة المآل

١- التعريف بنظرية التعسف في استعمال الحق

من مقتضيات التعاقد في الفقه الإسلامي أن الحقوق لا تثبت في الشريعة بمجرد العقد، بل إن العقود ليست إلا أسبابا جعلية وليست مؤثرة في حد ذاتها[3]، وبذلك لا يكون الحق حقا إلا إذا أقره الشرع وثبته لصاحبه بناء على القواعد المقاصدية الشرعية المتلخصة أساسا في قواعد جلب المصالح ودرء المفاسد، وقواعد الترخص، وقواعد الضرر، « **فما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقا بإثبات الشرع ذلك له، لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل**»[4].

1 – ينظر: الموافقات : 1 / 432

2 – ينظر: 3 / 27

3- ينظر: النظريات الفقهية، لفتحي الدريني، نظرية الحق والتعسف في استعماله، ص: 103.

4- ينظر: الموافقات 3 / 104

أ ـ مفهوم التعسف:

التعسف في اللغة يدل على معنى السّيُر على غير هُدى، وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازة بغير قصد[1]، وعلى معنى الجور والظلم، وهو الأخذ على غير الطريق[2].

أما اصطلاحا: فهذا المصطلح من استعمالات المعاصرين من رجال القانون، وانتقل إلى حقل الاصطلاح الشرعي، وقد اختلفت تعابيرهم في الدلالة على معناه، فمنهم من ربط بينه وبين مفهوم التعدي كما هو عند الشيخ محمد أبوزهرة، ومنهم من جعل مناطه هو التصرف غير المعتاد من الإنسان في حقه كالشيخ أبو سنة، لكن يبقى تعريف الدكتور فتحي الدريني رحمه الله أجود التعاريف وذلك حين يعرف التعسف بقوله: «**هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل**»[3].

وجودة هذا التعريف تكمن في توافقها مع طبيعة هذه الدراسة التي بين أيدينا، ذلك أن كل فعل من أفعال المكلفين يرتبط بحكم شرعي يناسبه، وقد قرر الأصوليون أن الحكم الشرعي هو: خطاب الله

1- ينظر: كتاب العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي، (ع س ف)، 1 / 399، ولسان العرب، لابن منظور، 9 / 245.

2- ينظر: صحاح اللغة وتاج العربية، لأبي نصر الجوهري، مادة « عسف «، 4 / 1403،

3- ينظر هذا التعريف وتعريف الشيخين أبو زهرة وأبو سنة في كتاب: نظرية التعسف في استعمال الحق، ص: 8485.

المتعلق بأفعال المكلفين[1] منعا وإطلاقا وصحة وفسادا [2] وهو ليس بصفة للأفعال وإنما هو عبارة عن خطاب الله فيها [3].

فمناقضة قصد الشارع إما أن تكون هي الغاية من إقدام المكلف على الفعل، وإما أن يفضي فعله إلى مفسدة وإن لم يتحقق قصد المناقضة[4]، ولهذا قال الشاطبي: «**النظر في مآلات الأفعال مقصود شرعا**»[5]، والمآل إما مصلحة تستجلب، وإما مفسدة تدفع، ولا بد من اعتبار السبب وهو مآل المسبَّب، لكن ينبغي الانتباه إلى أن حديثنا هو عن التصرفات المأذون فيها شرعا سواء كانت قولية كمباشرة العقود أو فعلية كالتصرف في الممتلكات، أما غير المأذون فيها فلا تخضع لمعايير هذه النظرية لأنها اعتداء وليس تعسفا [6].

ب- مفهوم الحق:

ـ **الحق لغة**: من حق الشيء: وجب وثبت[7] ومنه قول الله: ﴿وَيُحِقُّ ٱللَّهُ ٱلۡحَقَّ بِكَلِمَٰتِهِۦ﴾[8]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقٌّ

1- ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي، 95/ 1

2- ينظر: تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة، لأبي شجاع محمد بن علي بن شعيب بن الدهان، 387/ 2

3- ينظر: المحصول في أصول الفقه لابن العربي، ص: 23

4- ينظر: اعتبار المآلات، ص: 107

5- ينظر: الموافقات5 / 177

6- ينظر: نظرية التعسف في استعمال الحق، ص: 89.

7- ينظر: كتاب العين، 3 / 6، وأساس البلاغة للزمخشري، 1 / 203، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي، 1 / 143.

8- سورة يونس، الآية 82.

مَّعۡلُومٞ﴾[1].

أما الحق اصطلاحا: فقد أورد الدكتور فتحي الدريني تعريفات متعددة وضعها عدد من الفقهاء المعاصرين لمفهوم الحق، ترددت بين كونه مصلحة في حد ذاته وكونه وسيلة إلى مصلحة، وبين كونه اختصاصا أو استيفاء، وكلها تعاريف تعقبها الدكتور الدريني ببيان أوجه القصور فيها، ليخلص في الأخير إلى تعريف جامع مانع في نظره، حيث يقول: «**الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة**»[2].

ج- مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق:

بناء على التعاريف السابقة، يمكننا القول إن نظرية التعسف في استعمال الحق هي:«**النسق الجامع للقواعد الحاكمة على تصرفات المكلفين في ما اختصهم الشرع به من الحقوق منعا لها من مناقضة أصل التكليف**».

ـ فقولي:«**النسق الجامع**»: هو بالاستناد إلى أن النظرية في أصلها نسق، والنسق معناه في اللغة ما كان على نظام واحد عام في الأشياء[3]، وهو نفس معناه في الاصطلاح[4]، فنظرية التعسف في استعمال الحق مجموعة من العناصر لها علاقات معينة تؤدي مهمة حفظ مقصد

1- سورة المعارج الآية: 24.

2- ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده: 193.

3- ينظر: كتاب « العين» للخليل، 5 / 81

4- ينظر: المعجم الفلسفي لمجمع اللغة العربية، ص: 200.

الشرع.

- وقولي: «**الحاكمة على تصرفات المكلفين**»، فهو باعتبار أن تصرفات المكلفين تخضع لأحكام الشريعة التي هي وسائل تحقيق مقاصد الشارع، ومن الأدلة على هذا ما أخرج البخاري عن النُّعمان بن بشير أنه – صلى الله عليه وسلم – قال: «**مثل القائم في حدود الله والواقع فيها كمثل قومٍ استهموا على سفينة، فصار بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقًا، ولم نؤذ من فوقنا، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعًا، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعًا**»[1].

- وقولي: «**ما اختصهم الشرع به من الحقوق**»[2] فبالنظر إلى أن الحكم الشرعي هو الذي أنشأ الحقوق وبه تثبت، ولما كان الأمر

1- رواه البخاري في كتاب: الشركة، باب: هل يقرع في القسمة والاستهام فيه، الحديث: 2361،والإمام أحمد في المسند عن النعمان بن بشير، الحديث: 18370.

2- الاختصاص هنا علاقة بين المختص والمختص به الذي قد يكون هو الله تعالى، وقد يكون شخصا حقيقيا أو معنويا، وهو بذلك لا يعتبر الإباحة أو الرخصة، مما هو مباح للعموم الانتفاع به دون استئثار، وهذا الاختصاص شرعي، بمعنى أن الاختصاص الواقعي مفتقر إلى إقرار الشرع له، ومثال ذلك أن الغاصب ليس بمالك للمغصوب رغم كون الحيازة متحققة في الواقع، فلا يعطيه الشرع حق التصرف في المغصوب لأنه ليس في ملكه شرعا، والاختصاص الشرعي مقيد كذلك بحتمية ألا يكون في تصرف المختص بالحق إضرار بالغير، وتبعا لهذا الاختصاص يمتلك المختص بالحق سلطة شرعية على ما اختص به كحق المالك فيما يملكه، وحق الدائن في ما أخذه المدين، وحق الراهن في ما أخذه المرتهن ومنفعة الأجير، وذلك من أجل تحقيق المصلحة التي من أجلها اختُصَّ به فمتى وقع منه ما يخالف ما قصده الشارع انتفت المشروعية عن سلطته في استعمال حقه ووجب تقييده. ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده: 193

كذلك فإن الحق مقيد بغايات التكليف، وعلى هذا فإن الحق إذا منحه الشرع للمكلف فإنما حباه إياه لمصلحة يتغياها، فلا بد وأن يتقيد تصرف هذا المكلف في الحق الممنوح له بما يحقق هذه الغاية أداء وقصدا لأنها لا تتحقق إلا بهما[1]، وإلا فكل من ابتغى في التكاليف غير ما شرعت له فقصده في المناقضة باطل[2].

- قولي:«**منعا لها من مناقضة أصل التكليف**»، فلأن تتبع ضوابط المشروعات في الشرع مؤداه إلى أن الإذن في الفعل أو المنع منه منوط بغلبة المصلحة فيه، فالفعل الاجتهادي مبني على النظر المادي للوقائع والأحداث، وعلى هذا المبدأ الواقعي تأسست نظرية التعسف في استعمال الحق، التي على المفتي أو الحاكم اعتبارها متى كان لفعل المكلف وتصرفه فيما هو حق مشروع له أثر يناقض أصل التكاليف، جريا على سنن الشارع في اعتبار مسبَّبات الأسباب[3].

إن المكلف وهو يتصرف في حقه، قد ينتج عن هذا التصرف إضرار بالغير، فيكون الأمر بين النظر إلى الأصل باعتبار أن المكلف إنما أتى ما هو مشروع له ولم يقصد الإضرار الحاصل، والنظر إلى المفسدة اللاحقة بإنسان آخر أو بحقٍّ آخر.

قال الشاطبي:«**النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من**

1- ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدريني، ص: 72.

2- ينظر: الموافقات، 3 / 28

3- ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 135.

الأفعال الصادرة من المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعا لمصلحة تستجلب أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد منه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها فيكون هذا مانعا من إطلاق القول بالمشروعية.

وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب المذاق محمود الغب جار على مقاصد الشريعة»[1].

من هنا، كان الفعل الاجتهادي مبنيا على النظر المادي للوقائع والأحداث، وعلى هذا المبدأ الواقعي تأسست نظرية التعسف في استعمال الحق، التي على المفتي أو الحاكم اعتبارها متى كان لفعل

1- ينظر: الموافقات، 5/ 187 .بهذه الكلمات افتتح الشاطبي رحمه الله تقعيده لمبدأ مراعاة المآل والقواعد التي تندرج تحته، و قد أجمل الحديث عن نظرية التعسف في استعمال الحق، ولو لم يكن في موافقات الشاطبي رحمه الله إلا هذه الكلمات، لكانت أساسا تتأسس عليه نظرية التعسف في استعمال الحق، ومرجعا يرجع إليه، ذلك أننا عندما نقول إن فعلا من الأفعال مأذون فيه شرعا، فهذا معناه أن الشرع قد سمح لنا في استعماله، وأن الشرع يحمينا في هذا الاستعمال، ولذا قال الفقهاء: « الجواز الشرعي ينافي الضمان «بمعنى أنه لا مسؤولية على من يستعمل حقه المأذون فيه شرعا، ولكن هذا الحق أعطي لمقاصد معينة فلا يجوز أن يستعمل بقصد الإضرار بالناس، فقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار» الواردة في الحديث الشريف، تقيد هذا الإذن الشرعي، وتمنعه عندما ينجم عنه الضرر للغير.

المكلف وتصرفه فيما هو حق مشروع له أثر يناقض أصل التكاليف، جريا على سنن الشارع في اعتبار مسببات الأسباب[1].

وبذلك يكون المقصود بالتعسف في استعمال الحق:«**أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له - بعوض أو بغير عوض -، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا، على وجه يلحق بغيره الإضرار، أو يخالف حكمة المشروعية**»[2].

فباعتبار أن الشريعة رحمة كلها وعدل كلها، فإنه يتوجب على الحاكم أو المفتي النظر إلى جانب الضرر مقارنة مع جانب المنفعة المتحصلة من ذلك الحق الثابت بالشرع، والذي لا يسلب ولا تنتفي عنه المشروعية إلا بالشرع كذلك، ومن ثم الحكم على أن الضرر قد نشأ بمجرد التسبب رغم أن الفعل مباح في أصله ولم يقصد منه صاحبه تعديا أو جناية[3]، وسواء هنا كان الضرر الواقع قد وقع على ما هو خاص أو على ما هو عام.

ولهذه النظرية في أبواب الفقه الإسلامي وخاصة المعاملات المالية منها تطبيقات وفروع كثيرة، حيث نجدها مطبقة عند فقهاء المذاهب في قواعد الضمان والغصب، وفي منع المالك من التصرف في ملكه، أو إجباره على إخراجه من ذمته اعتبارا لمصلحة أكبر من مصلحته

1- ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 135.

2- ينظر: النظريات الفقهية، ص: 129.

3- يجب التفريق هنا بين معيار التعسف ومعيار التعدي، لأن التعدي إنما هو فعل غير مشروع في أصله، بينما التعسف هو ضرر ينتج عن ممارسة شرعية.

الذاتية، وغير ذلك من الفروع الفقهية المبثوثة في ثنايا أمهات كتب المذاهب الفقهية.

2- علاقة نظرية التعسف في استعمال الحق بمراعاة المآل

إن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تخرج عن قواعد المقاصد والوسائل، والدليل على هذا أن الحق ليس هو المصلحة، بل المصلحة هي المقصد، والحق هو وسيلة تحقيقه، فمتى سقط المقصد سقطت معه وسيلته ولم تعتبر، فلا ينبغي أن يُفهم أن الحق هو المقصود بذاته من الشرع، ولذلك فحماية الشرع للحق تبقى مبسوطة ما دام هذا الحق خادما للمصلحة، و «**المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة**»[1].

وبذلك يتقرر أن نظرية التعسف في استعمال الحق تقوم على مسلكين:

ـ **أولا: المسلك الوقائي**: وهو يقوم على عنصرين:

ـ تقييده للحق الفردي بإناطة صفة المشروعية في أفعال المكلفين بمدى تحقيقها لمقاصد الشريعة، وذلك باعتبار أن الحقوق في الشريعة لا تعدو أن تكون وسائل إلى غايات توخاها الشارع من وضع الأسباب والأحكام، فإذا انحرفت الوسائل عن غاياتها فقدت مشروعيتها[2].

1- ينظر: الموافقات، 3 / 28

2- ينظر: اعتبار المآلات، ص: 368.

ـ توجيه استعمال الحق الفردي، فمن منطلق الحرص على إفضاء الوسائل إلى ما أنيطت به من المقاصد، فلا بد عند النظر في مآل ممارسة الحق المشروع من مراعاة أمرين والاحتياط لهما[1]:

أ – أن يكون القصد الفاسد هو الباعث على الفعل المأذون فيه شرعا، وتتحقق إرادة الإضرار وتثبت من خلال قرائن الأحوال، فلا إشكال هنا في أنه يمنع صاحب الحق من حقه مراعاة للمآل.

ب – أن ينتج عن الفعل ضرر مع انتفاء نية الإضرار والقصد إليه، فهنا لا اعتبار لعدم القصد، بل يجب درء التعسف في الفعل ورفع أثره ما دام قائما، وهو ما يفضي إلى المسلك الثاني.

ـ **ثانيا: المسلك العلاجي**: وهنا تدخل قواعد الضمان وجبر المتضرر إذا تعذرت إزالة الضرر دون لزوم مفسدة وذلك سواء نتج الضرر عن تسبب أو مباشرة، لأن النتيجة في النهاية واحدة وهي أيلولة الفعل إلى ضرر.

من كل ما سبق، يظهر أن نظرية التعسف في استعمال الحق وثيقة الصلة بمبدأ مراعاة المآل، وذلك بالنظر إلى القواعد والأصول التي تأسس عليها هذا المبدأ، والمقصود بها هنا: قاعدة الذرائع، وقاعدة الاستحسان، وقاعدة الحيل وقاعدة مراعاة الخلاف، وذلك باعتبار هذه القواعد موازين لنظرية التعسف في استعمال الحق في جانب من

1- ينظر:الموافقات،3/ 55، وانظر اعتبار المآلات، ص: 368 وما بعدها، وانظر: التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، للدكتور محمد رياض، ص: 146 وما بعدها.

معاييرها الموضوعية، حيث إذا قصر العامل النفسي في نية إحداث الضرر جاء المعيار الموضوعي المبني على حدوث الضرر بغض النظر عن نية إحداثه، ومنه تنطلق الموازنة بين المصلحة والضرر وبين المقارنة بين الأضرار[1].

ولا يخفى ما لهذه القواعد من قيمة تشريعية واجتهادية في المذاهب الفقهية المعتبرة، وما لها من أثر في المذهب المالكي، فلا يملك إنسان أن ينكر أن الإمام مالكا قد أخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق في أوسع مدى، ولا مبالغة إذا تقرر أن الإمام من أوائل المجتهدين الذين تنبهوا لمبدأ نظرية التعسف في استعمال الحق، ومهدوا وأسسوا الأصول والمعايير الثابتة لها[2].

النظرية الثالثة: نظرية الاحتياط الفقهي وصلتها باعتبار المآل

١- التعريف بنظرية الاحتياط الفقهي

يستلزم النظر في مآلات الأفعال وتنزيل الأحكام أن يسلك الحاكم أو المفتي مسلك الاحتياط للمكلف، والذي يُلجئ المفتي إلى هذا المسلك هو تَوخّي موافقة مقاصد الشارع من الأحكام التي أناطها

1- ينظر: التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، للدكتور محمد رياض، ص: 143

2- ينظر: المرجع السابق. يقول الدكتور صبحي محمصاني: «وأول من قال بذلك الإمام مالك بن أنس، ناظرا فيه إلى المصلحة، ثم تبعه صاحب أبي حنيفة الإمام أبو يوسف مخالفا القياس وظاهر الرواية في الأمر ومتأثرا بالاستحسان وحاجات الحياة الاجتماعية العملية، وقد تمشى على رأيه مشايخ بلخ والمتأخرون من الحنفية فقالوا: إنه إذا تصرف أحد في ملكه وتضرر جاره بذلك ضررا بينا دائما، لا يمكن التحرز منه كان للجار أن يمنعه «انظر: «النظريات العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ص: 46.

بها، وسلامة نتائج تنزيل الأحكام على الواقع.

هذا التنزيل هو الذي اصطُلح على تسميته بتحقيق المناط، والحاجة إلى هذا النوع من الاجتهاد والفقه هي قائمة وباقية ومطردة، ولها أثرها في التطبيق، فليس يكفي العلم المجرد بالحكم في العمل به؛ حتى ينضاف إليه فقه الواقع الذي يلابس تطبيقه ويلازمه، وفقه الواقع يكون بفهمه «واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات»[1].

والمقصود بالاحتياط: الاحتراز من الوقوع في منهي أو ترك مأمور عند الاشتباه[2]، فالمجتهد أو المفتي يعمل على الحيلولة دون مخالفة أمر الشارع عند العجز عن معرفة حكمه أي: أن هَمَّ المفتي تأمين المكلف من الوقوع في مخالفة أوامر الشارع بالفعل أو الترك[3].

يقول الشاطبي: «**والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم، والتحرز مما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلومًا على الجملة والتفصيل؛ فليس العمل عليه ببدع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها**»[4].

فقد وُضعت الشريعة إذن لترعى مصالح العباد في العاجل والآجل، وذلك بجلب المصالح لهم ودرء المفاسد عنهم، وهذا ما على المفتي

1- ينظر: إعلام الموقعين، 1/ 87، وانظر: نظرية الاحتياط الفقهي، ص: 429.
2- ينظر: العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، لمنيب شاكر، ص: 48.
3- ينظر: نظرية الاحتياط الفقهي لمحمد عمر سماعي، ص: 30.
4- ينظر: الموافقات3 / 85.

بل وعلى المكلف في نفسه[1] اعتباره سواء على مستوى النظر أو على مستوى العمل والامتثال[2]، وكان الاحتياط ضمانة لتحقيق هذه المصالح في الواقع، رغم أن هذه المصالح وهذه المفاسد قد تكون محتملة وظنية التحقق في الغالب.

من هنا قد يلزم المفتي والمجتهد أو المكلف أن يحتاط في بعض المواضع التي قد يكون في عدم الأخذ به تفويت لمصلحة أو جلب لمفسدة؛ رغم أن الأمر قد يكون غير متحقق أحيانا، فيأمر المكلف بفعل ما يُتوهم من المصالح، وأن يترك ما يُتوهم من المفاسد، وأن يُجعل موهومتها كمعلومتها عند الإمكان[3].

ولا تعارض بين مبدأ الاحتياط الذي يقوم على الاحتمال، وبين كون أحكام الشريعة مغياة بمقاصد يجب تحققها، قال العلامة الطاهر بن عاشور:«**واعلم أن الأمور الوهمية وإن كانت لا تصلح للكون مقصدا شرعيا للتشريع فهي صالحة لأن يستعان بها في تحقيق المقاصد الشرعية...وقد تكون الوهميات في أحوال نادرة مستعانا بها على تحقيق مقصد شرعي حين يتعذر غيرها**»[4].

وهذا يعني أن مسلك الاحتياط الفقهي يقوم على انعقاد الشبهة في

1- وذلك على اعتبار أن مفهوم الاحتراز يشمل العالم والعامي، فكلاهما يصح منه الاحتراز سواءً كان فعليًا أو تركيًا.

2- ينظر: نظرية الاحتياط الفقهي، ص: 62.

3- ينظر: شجرة المعارف والأحوال وصالح الأعمال والأقوال، لعز الدين بن عبد السلام، ص: 209.

4- ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 258.

نفس المجتهد أو المفتي، والمقصود هنا بالشبهة خوف فوات مصلحة أو خوف الوقوع في مفسدة بسبب اختلاطهما في أمر واحد، ولاحتمال أن المصلحة غالبة أو أن المفسدة غالبة، فإذا غلبت الأولى احتاط بالقول بالإباحة أو لربما قال بالوجوب، وأما إذا غلبت الثانية فإنه يحتاط بالقول بالكراهة أو لربما قال بالحرمة، على اعتبار أنه إذا لم يكن للمفتي دليل ترجح به عنده المصلحة على المفسدة أو العكس، فإن الشبهة القوية المستندة إلى أصل معتبر شرعا قد تقوم مقام الحقيقة فيما يُتوهم ثبوته من غير تقدير انتفائه في الحال؛ فيُخلص إلى أن «**الشبهات منحصرة في التردد بين المصالح والمفاسد، فما تجردت مصلحته من غير تحقق مفسدة أو توهمها؛ فلا ورع فيه، وما تجردت مفسدته من غير تحقق مصلحة أو توهمها؛ فلا ورع فيه، لاختصاص الورع بمواضع الاحتمال**»[1].

2- علاقة نظرية الاحتياط الفقهي بمبدأ اعتبار المآل

ضمن هذه النظرية المنبثقة من رَحِم النظرية العامة لمقاصد الشريعة الإسلامية؛ نجد أن مبدأ مراعاة المآل يمتد داخلها، بل هو مَسلك من مسالكها التي لا تقوم دونها، وسبب من الأسباب الموجبة للعمل بالاحتياط فيما يتعلق بتنزيل الأحكام على وقائعها، ذلك أن أسباب الاحتياط الفقهي ثلاثة:

1- ينظر: شجرة المعارف، ص: 428.

- **أولها: الشك في أصل الحكم**: ويكون ذلك عند فقد المفتي أو المجتهد للدليل الشرعي، أو خفائه عليه، أو لكون الدليل مجمل الدلالة إجمالا يحول دون الوصول إلى مقصد الحكم، أو عند تعارض مقتضيات الأدلة ولا وجود لمرجح، فيتردد المفتي في حمل المسألة على أحد الاحتمالات القائمة بمحل الحكم[1]، وهذا ما يسمى عند الأصوليين بالشبهة الحُكمية[2]، وقد يعلم الحكم الشرعي لكن يُشتبه في دخول النازلة ضمن أفراده، فترد الشبهة على محل الحكم، وهذا ما يسمونه بالشبهة المحلية أو الموضوعية[3].

- **ثانيها: الشك في واقع الحكم**: وهذا يعود إلى النظر في مناطات الأحكام، وقد مر تعريف الشاطبي لتحقيق المناط، فمتى ثبت الحكم

1- ينبغي ألا يفهم من معنى التعارض أنه واقع على الحقيقة بين الأدلة ومناطات الأحكام، وإنما هو تعارض ظاهري، يقع في نفس المجتهد، ولا أدل على ذلك من قول الشاطبي رحمه الله: « كل من تحقق بأصول الشريعة فأدلتها عنده لا تكاد تتعارض، كما أن كل من حقق مناط المسائل؛ فلا يكاد يقف في متشابه؛ لأن الشريعة لا تعارض فيها البتة، فالمتحقق بها متحقق بما في نفس الأمر؛ فيلزم أن لا يكون عنده تعارض، ولذلك لا تجد البتة دليلين أجمع المسلمون على تعارضهما بحيث وجب عليهم الوقوف؛ لكن لما كان أفراد المجتهدين غير معصومين من الخطأ؛ أمكن التعارض بين الأدلة عندهم، فإذا ثبت هذا فنقول: التعارض إما أن يعتبر من جهة ما في نفس الأمر، وإما من جهة نظر المجتهد، أما من جهة ما في نفس الأمر؛ فغير ممكن بإطلاق، وقد مر آنفا في كتاب الاجتهاد من ذلك -في مسألة أن الشريعة على قول واحد- ما فيه كفاية، وأما من جهة نظر المجتهد؛ فممكن بلا خلاف، إلا أنهم إنما نظروا فيه بالنسبة إلى كل موضع لا يمكن فيه الجمع بين الدليلين، وهو صواب؛ فإنه إن أمكن الجمع فلا تعارض؛ كالعام مع الخاص، والمطلق مع المقيد وأشباه ذلك». الموافقات، 5/ 342

2- ينظر: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ليعقوب عبد الوهاب الباحسين، ص: 116 و 125، ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية، لصالح بن عبد الله بن حميد، ص: 401، ونظرية الاحتياط الفقهي، ص: 91، والخطاب الشرعي وطرق استثماره، لادريس حمادي، ص: 417.

3- ينظر: رفع الحرج لابن حميد، ص: 402.

بمدركه وجب على المفتي أن يبحث عن محل تنزيله، ولا فرق هنا بين أن يثبت المناط بدليل شرعي، وبين أن يثبت بغير دليل شرعي كما قرر الشاطبي حين قال: «**اعلم أن كل مسألة تفتقر إلى نظرين: نظر في دليل الحكم ونظر في مناطه، فأما النظر في دليل الحكم لا يمكن أن يكون إلا من الكتاب والسنة أو ما يرجع إليهما من إجماع أو قياس أو غيرهما؛ ولا يعتبر فيه طمأنينة النفس ولا نفي ريب القلب إلا من جهة اعتقاد كون الدليل دليلا أو غير دليل، ولا يقول أحد إلا أهل البدع الذين يستحسنون الأمر بأشياء لا دليل عليها أو يستقبحون كذلك من غير دليل إلا طمأنينة النفس أن الأمر كما زعموا وهو مخالف لإجماع المسلمين.**

وأما النظر في مناط الحكم، فإن المناط لا يلزم منه أن يكون ثابتا بدليل شرعي فقط، بل يثبت بدليل غير شرعي أو بغير دليل، فلا يشترط فيه بلوغ درجة الاجتهاد بل لا يشترط فيه العلم فضلا عن درجة الاجتهاد»[1].

وما يحمل المفتي أو المجتهد على أن يسلك مسلك الاحتياط في هذا القسم، هو أن تحقيق المناطات ظني في الغالب، فقد يتحقق له الدليل لكن يستشكل عليه تنزيله، وهذا الاستشكال يكون على صور منها:

1- ينظر: الاعتصام، ص: 491.

ـ **الصورة الأولى**: اختلاط الحلال بالحرام حتى لا يمكن تمييزهما عن بعضهما، فيخرج الحكم من دائرة الوضوح إلى دائرة الاشتباه، إما بسبب امتزاج الأعيان أو بسبب استبهامها.

ـ **الصورة الثانية**: الشك في السبب الموجب لنقل الحكم من الحلية إذا كانت هي الأصل، إلى الحرمة أو العكس.

قال القرافي:«**فعلى الفقيه أن يعلم السر في ذلك قاعدة الأصل ألا يعتبر في الشرع إلا العلم لقوله تعالى:** ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾[1] **لعدم الخطأ فيه قطعا، لكن تعذر العلم في أكثر الصور فجوز الشرع اتباع الظنون لندرة خطئها وغلبة إصابتها، وبقي الشك على مقتضى الأصل فكل مشكوك فيه ليس بمعتبر، ويجب اعتبار الأصل السابق على الشك فإن شككنا في السبب لم نرتب المسبب، أو في الشرط لم نرتب المشروط، أو في المانع لم نَنْفِ الحكم، فهذه القاعدة مجمع عليها لا تنتقض وإنما وقع الخلاف بين العلماء في وجه استعمالها**»[2].

وقال أيضا:«**كل ما شككنا في وجوده من سبب أو شرط أو مانع استصحبنا عدمه إن كان معدوما قبل الشك، أو شككنا في عدمه استصحبنا وجوده إن كان موجودا قبل الشك**»[3].

ـ **الصورة الثالثة**: التعارض بين الأخبار بعضها مع بعض، أو

1- سورة الإسراء، الآية: 36
2- ينظر: الذخيرة، 1 / 219
3- ينظر: الذخيرة، 2 / 294

التعارض القرائن والعلامات الدالة على محال الأحكام فيما بينها[1]، أو التعارض بين الأخبار والقرائن مع تعادل مقتضياتها وانتفاء إمكانية الترجيح، بحيث يكون العمل بمسلك الاحتياط هو المنهج الأسلم، باعتبار أن الحكم يختلف باختلاف أحوال المكلفين، واختلاف محال الأحكام، ويدخل في هذه الصورة ما يتعلق بأحكام الودائع والضمانات[2]، والدعاوى والخصومات[3]، وكثير من العبادات التي يتوقف حصولها من المكلف على الشهود والعدالة[4] وغير ذلك مما يعسر حصره.

ـ **الصورة الرابعة:** اتصال سبب الحِلِّية بمخالفة شرعية، سواء ارتبطت هذه المخالفة بمحل الحكم أم بذات تصرف من المكلف وقع النهي عنه، وهذه المخالفة إما أن تعود على السبب بالإبطال وهنا فلا إشكال، وإما أن يُحكم بصحة أثر السبب رغم تلك المخالفة، وهذا محل الاحتياط، لأن هذه المخالفة غير موجبة لفساد العقد في أصل الشرع، خاصة مع دوران الخلاف الأصولي حول صحة أثر بعض المعاملات المنهي عنها شرعا، أو دورانها بين الحل والتحريم، كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة، أو حلية أكل مال من يتلقى الركبان مع ورود النهي عن تلقيهم، أو مال من عُرف بالغصب والتعدي، أو

1- ينظر: نظرية الاحتياط الفقهي، ص: 120.
2- ينظر: «المقدمات الممهدات، لابن رشد الجد، 2/ 124، والذخيرة،54/ 6
3- ينظر: الفروق، 2/ 142.
4- ينظر: الذخيرة،2/ 53.

مع احتمال أن يفضي الفعل إلى مناقضة قصد الشارع كبيع السلاح زمن الفتنة، وبيع العنب ممن يعصره خمرا، وبيع الخشبة ممن يجعلها صليبا وغير ذلك مراعاة للمآل في ذلك[1].

ـ **ثالثها: الشك في مآل الحكم**: وهذا السبب هو أكثر الأسباب الموجبة للاحتياط، ذلك أن بعض الأفعال يُحتمل أن تفضي أحيانا وفي الغالب إلى أمر ممنوع، فمع أن الأصل في الفعل هو الحِل إلا أن المنع منه هو الواجب عملا بقاعدة الذرائع، وذلك على اعتبار أن التوسل بالمشروع إلى الممنوع ممنوع شرعا، فيكون للوسيلة إذن حكم ما يفضي إليه الفعل نفيا وثبوتا.

فإذا ما قوي الشك وبلغ درجة اليقين في إفضاء الفعل إلى ممنوع أومفسدة غالبا، وهو مشروع في أصله فالاحتياط فيه أولى لقوة الشبهة، وذلك لأن المظنة تقوم مقام المئنة، والظن يقوم مقام العلم في أكبر الأحوال[2].

قال الشاطبي: «**ما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها...، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية؛ فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقًا والمصلحة مخالفة؛ فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن**

1- ينظر في ذلك: المدونة الكبرى، 3/ 45، والمنتقى للباجي، 5/ 103، والمحصول في اصول الفقه لابن العربي، ص: 71، والفواكه الدواني في شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي، 2/ 288، ومواهب الجليل على شرح خليل، للحطاب، 6/ 70.، وحاشية الدسوقي،3/ 7، وتبصرة الحكام لابن فرحون، 2/ 158، ونظرية الاحتياط الفقهي، ص: 124 فما بعدها.
2- ينظر: قواعد الأحكام، 1/ 85.

الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها؛ فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع؛ فليس على وضع المشروعات»[1].

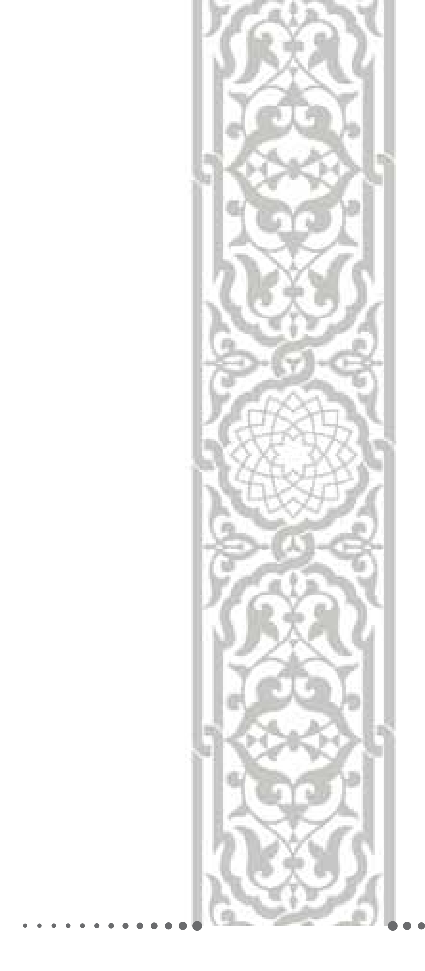
بهذا يتبين أن العمل بمبدأ الاحتياط الفقهي هو وثيق الصلة بالعمل بمبدأ المآلات تأصيلا وتفريعا، إذ لا بد للمفتي أن يبني فتواه على متعلق النظر إلى أيلولة الأفعال، وتنزيل الأحكام، فقد يعرض له أن تنزل به نازلة يكون العمل بالاحتياط فيها هو عينه مراعاة المآل.

بعد هذه الجولة في البحث عن مفهوم اعتبار المآل، وكما قرر البحث في مدخله فإن اعتبار المآل أظهر ما يكون حين يكون عمليا ممارسا في عمل الفقيه والمجتهد والقاضي، وسيحاول البحث أن يظهره بشكل تطبيقي من خلال فتاوى مالكية الغرب الإسلامي، من خلال محاولة استنطاق النوازل الفقهية والفتاوى، واستنادا على الفروع التي قرر الشاطبي رحمه الله كونها مندرجة تحت اعتبار المآل، وأقصد بذلك: سد الذرائع، والحيل، والاستحسان.

1- ينظر: الموافقات، 3/ 121.



اعتبار المآل في فتاوى المعاملات المالكية



الفصل الأول

إعمال سد الذريعة اعتبارا للمآل

مدخل إلى إعمال الذرائع

«لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها، والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل فإذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرق ووسائل تفضي اليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له ومنعا أن يقرب حماه ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية اليه لكان ذلك نقضا للتحريم وإغراء للنفوس به وحكمته تعالى وعلمه يأبي ذلك كل الإباء»[1].

وتنزيلا لهذه الحكمة كان قاعدة سد الذرائع من أعظم القواعد الاجتهادية التي جرى عليها السلف في تفصيل بعض الأحكام[2]، وهو أصل يوضح العلاقة بين ما اصطلح العلماء على تسميته قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل، والتي حرر القرافي رحمه الله فيها الحديث في فروقه[3].

1- ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، 3 / 135.
2- ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، للعلامة علال الفاسي، ص: 160.
3- ينظر: الفروق للإمام القرافي، 2 / 59.

فسد الذرائع «**أحد أرباع التكليف**»[1] وله أثره الكبير في العملية الاجتهادية، وخاصة فيما يتعلق بجانب التنزيل المصلحي منها، وعلى أساسه تقوم الموازنة بين المصلحة التي يسعى إليها المكلف، وبين المفسدة المآلية المتفصية عن هذا الفعل، لذلك حين تناول البحث عناصر النظر في المآل ركز على النتيجة، هذه النتيجة التي على أساسها يؤذن للمكلف في الإقدام على فعله أو يمنع منه.

وللإمام ابن عاشور **رحمه الله** تفسير لهذه العلاقة، وذلك حين يقول: «**وما هو عندي إلا التوازن بين ما في الفعل الذي هو ذريعة من المصلحة وما في مآله من المفسدة، فترجع إلى قاعدة تعارض المصالح والمفاسد... فما وقع منه من الذرائع قد عظم فيه فساد مآله على صلاح أصله...، وما لم يقع منعه قد غلب صلاح أصله على فساد مآله**»[2].

هذه العلاقة تثبت كذلك من خلال ما قرره الشاطبي **رحمه الله** حين قال: «**النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعًا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعًا لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في**

1. ينظر: إعلام الموقعين، 3 / 159.
2. ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، للإمام محمد الطاهر بن عاشور، ص: 367.

الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى المفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعًا من إطلاق القول بالمشروعية وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم مشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق محمود الغب، جار على مقاصد الشريعة»[1].

إن الشاطبي يلخص هنا مفهوم اعتبار المآل، ويعتبره ميزانا توزن به الأفعال، وتُستقرأ به النتائج، ويتوصل به إلى ما يصير إليه فعل المكلف من مصلحة أو مفسدة، أو من تدافع بين المصالح ذاتها، أو بين المفاسد ذاتها، أوبين المصالح والمفاسد، ذلك أن**«من أعمال الإنسان ما هو صلاح كله باعتبار بدايته وباعتبار نهايته؛ أي أنه لا يأتي إلا بخير ولا يؤول إلا إليه؛ ومن أعماله ما فيه الفساد ابتداء؛ وذلك كالقتل، فإنه يحرم الإنسان من الحياة ابتداء بالقصد إليه ونهاية بإنجازه... ومن أعمال الإنسان ما لا تحدث عنها مفسدة في أول الأمر، لكنها تفضي إلى الفساد وذلك بقصد أو بغير قصد... والقصد إلى المفسدة في المآل يحمل القاصد مسؤولية العمل وإن تخلف ما قصد إليه في النهاية، وكما أن الشريعة منعت ما فيه الفساد ابتداء منعت ما فيه الفساد نهاية، وهذا ما يسمى بسد الذرائع»**[2].

---

1. ينظر: الموافقات، 5 / 178.
2. ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ص: 158.

فليس عجبا ولا بدعا إذن أن تكون قاعدة سد الذرائع أول قاعدة يقررها الشاطبي جزءاً من المسالك الاجتهادية التي يسلكها المجتهد اعتبارا للمآل، فبعد أن قرر مقصدية مبدأ اعتبار المآل، واستدل له أصوليا ومقصديا يقول **رحمه الله:«وهذا الأصل أي المآل ينبني عليه قواعد: منها: قاعدة الذرائع التى حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه لأن حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة»**[1].

باعتبار هذه القيمة التي لسد الذرائع، يسعى البحث في هذا الفصل إلى إبراز الأثر الفقهي والأصولي والمقصدي لهذه القاعدة، باحثابحسب الجهدعن مظاهر العمل بسد الذرائع في الفقه التنزيلي المتمثل في الفتاوى، وخاصة فتاوى المعاملات المالية التي هي مجال رحب جدا تطبق فيه النظريات الفقهية وذلك باعتبار خصوصيتها المتمثلة في أنها معقولة المعنى.

أولا: مفهوم سد الذرائع وعلاقتها باعتبار المآل

١- تعريف سد الذرائع

أ- السد لغة:

السد لغة: إغلاقُ الخَلَل، ورَدْمُ الثَّلْم[2]. وكلُّ حاجزٍ بين شيئين سَدٌّ. قال تعالى: ﴿ قَالُواْ يَـٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾[3]،

1- ينظر: الموافقات، 5 / 183.

2- ينظر: معجم مقاييس اللغة،3 / 66.

3 -سورة الكهف، الآية 94.

والسد المنع، يقال: سددت عليه باب الكلام سدا إذا منعته منه[1].

ب - السد اصطلاحا:

هو الغلق، لأن السد إذا أضيف إلى الذرائع كان معناه غلق باب الفساد وحسم مادة الفساد، وحسم الوسائل المؤدية إليه دفعا لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع ذلك الفعل[2].

ج - الذريعة لغة:

أصل الذريعة من: ذرع، وقد تعددت الاستعمالات اللغوية لهذا المصطلح، وتعددت معانيه كالآتي:

- **الوسيلة**: أي ما يُتوصل به إلى الشيء، يقال: تذرعت بفلان أي توسلت به.

- **الدَّرِيئة**: أي الناقة التي يستتر بها الرامي للصيد ليظفر بصيده عن قرب، ومنه يقال لمن استتر بشيء واختفى وراءه: استذرع بمعنى: جعله ذريعة.

- **السبب**: يقال فلان ذريعتي إلى كذا، بمعنى سببي الذي أتسبب به.

- **الحَلْقَة**: التي يتعلم عليها الرامي الرمي، لأنها سبب ووسيلة إلى تعلم الرمي[3].

1- ينظر: المصباح المنير للفيومي، 1 / 270.

2 - ينظر: قاعدة سد الذرائع، ص: 56-55.

3 - انظر:أساس البلاغة،1 / 282، ولسان العرب مادة ذرع، 8 / 93، ومعجم مقاييس اللغة 2 / 350، وتاج العروس، 21 / 17-15.

د - الذريعة اصطلاحا:

اختلفت اتجاهات أهل الأصول في تعريف الذريعة بين[1]، لكن الذي يهمنا في هذا البحث منها ما تعلق بالمالكية ورؤيتهم للذرائع ووظيفتها

الاتجاه الأول: اعتبارها وسيلة وطريقة إلى الشيء سواء كان مشروعا أم ممنوعا،

وفي هذا المنحى سار القرافي في فروقه، وابن القيم في إعلامه.

قال القرافي: «**الذريعة: الوسيلة إلى الشيء**»[2]. وبهذا فهي تشمل باب سد الذرائع كما تشمل فتحها، وقال في الفروق: «**اعلم أن الذريعة كما يجب سَدُّها يجب فتحُها، وتُكره وتُندب، وتُباح، فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج، وموارد الأحكام على قسمين:» مقاصد، وهي المُتضمِّنَة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل، وهي الطُّرُق المفضية إليها، وحُكمها حكمُ ما أفضت إليه من تحريم وتحليل أي أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل وإلى ما يتوسط متوسطة**»[3].

ويوافق ابن القيم القرافي في نظره إلى الذريعة، فيقول:«**الذريعة: ما**

---

1 - ينظر: قاعدة سد الذرائع، للدكتور محمود حامد عثمان، ص: 57 - 62.

2 - ينظر: شرح تنقيح الفصول، ص: 448.

3 - ينظر: الفروق: 2 / 61

كان وسيلة وطريقا إلى الشيء»[1]، وهو بهذا يربطها بجانب الأوامر والنواهي ويقرر معناها بالنظر إلى مدلولها العام[2]، والذي يشمل كل شيء يتخذ وسيلة لشيء آخر، بصرف النظر عن كون الوسيلة أو المتوسل إليه مقيدا بوصف الجواز أو المنع، فيدخل في معنى الذريعة: الانتقال من جائز إلى جائز، ومن ممنوع إلى ممنوع، ومن مشروع إلى ممنوع ومن ممنوع إلى مشروع[3].

الاتجاه الثاني: اعتبارها وسيلة إلى المحظور[4]

وهذا الاتجاه يمثله المالكية، وبعض الحنابلة.

وهنا لا بد من إيراد تعاريف المالكية للذريعة حتى يفهم القارئ المسار الذي يسير فيه البحث وهو يستعرض بعض مظاهر عمل

---

1 – قال رحمه الله: «لما كانت المقاصد، لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات، والمعاصي في كراهتها والمنع منها، بحسب إفضائها إلى غاياتها، وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها، والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئا، وله طرق ووسائل تفضي إليه، فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له، ومنعا من أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه، لكان ذلك نقضا للتحريم، وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى تأبى كل ذلك الإباء» ينظر: إعلام الموقعين، 3 / 135

2 – أغلب من ينتمي إلى هذا الاتجاه من العلماء الذين تناولوا تعريف الذرائع كان غرضهم تحديد معناها بناء على مشروعية المقصد أو عدمها، دون نظر إلى المعالم الأساسية للذريعة، ينظر: مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، للدكتور محمد الأمين بن الشيخ ص:165

3– ينظر: سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، لهشام برهاني، ص: 69، وقاعدة سد الذرائع لمحمود حامد عثمان، ص: 56، وسد الذرائع بين الاعتبار والإلغاء، للدكتور شعبان محمد اسماعيل، ص: 11.

4 – هو المعنى الخاص للذرائع، والذي وقع حوله الاختلاف.

المالكية بسد الذرائع.

- عرفها القاضي عبد الوهاب البغدادي بقوله: «**الذرائع هي الأمر الذي ظاهره الجواز، إذا قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع**»[1].

- وقال الباجي: «**الذرائع هي المسألة التي ظاهرها الإباحة، ويُتوصل بها إلى فعل محظور**»[2]. وقال في الحدود: «**الذرائع ما يتوصل بها إلى محظور العقود من إبرام عقد أو حَلِّه**[3].

- أما ابن رشد الجد، فيقول: «**الذرائع هي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل محظور**»[4].

- وفي تصور أبي بكر بن العربي أنها «**كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محظور**[5].

- وعند القرطبي هي:«**عبارة عن أمر غير ممنوع في نفسه، يخاف من ارتكابه الوقوع في الممنوع**»[6].

- وينحو الشاطبي في تعريفها منحى مقصديا صرفيا حين يقول: «**حقيقة الذرائع: التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة**»[7]، أوهي«**منع**

1- ينظر: الإشراف على مسائل الخلاف، 2 / 560.
2- ينظر: كتاب الإشارات في أصول المالكية،ص: 101.
3- ينظر: كتاب الحدود في أصول الفقه، ص: 68.
4- ينظر: المقدمات الممهدات، 2 / 198.
5- ينظر: أحكام القرءان،3 / 400
6- ينظر: الجامع لأحكام القرءان، 2 / 57 – 58
7 – ينظر: الموافقات: 5 / 183 وقد اختار البحث تعريف الشاطبي بالنظر إلى التأخر الزمني ونضوج المصطلح وإلا فإن تعريفه لا يبعد عن تعريفات متقدمي المالكية.

الجائز لئلا يتوسل بها إلى الممنوع»[1].

- وقال الفتوحي من الحنابلة:«**هي ما ظاهره مباح ويتوصل به إلى محرم**»[2].

يجد المتأمل في هذه التعاريف تطابقا في المعنى وإن اختلف المبنى، فتتفق في أن الذريعة عبارة عن فعل مباح يتوصل به إلى فعل محظور، وهذا تقييد للوسيلة، وفي أنهم يقيدون المتوسل إليه بأن يكون حراما محظورا، في حين أنها تختلف في أن بعضها جعل التذرع بالمباح خاصا في بعض العقود، وعاما في بعضها، وفي أن فريقا منهم جعل الذريعة موصلة إلى المحظور، بالفعل في بعضها وموصلة أو قابلة للتوصيل في بعضها الآخر.

الاتجاه الثالث: اعتبارها بالنظر إلى ما أفضت إليه

وهذا الاتجاه يمثله شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله، حيث يقول:«**الذريعة ما كان وسيلة وطريقا إلى الشيء، لكنها صارت في عرف الفقهاء عبارة عما أفضت إلى فعل محرم**»[3].

والإمام ابن تيمية في تعريفه للذرائع وسط بين المذهب الأول الناظر إلى الذرائع باعتبار الإطلاق، وبين المذهب الثاني الناظر إلى الذريعة على اعتبار أنها وسيلة إلى المحظور، على أن تعريفه يشير إلى أن الإطلاق في القول الأول يجب أن يحمل على السد لا الفتح.

1 - ينظر: الموافقات: 3 / 564

2 - ينظر: شرح الكوكب المنير، لابن النجار الفتوحي، 4 / 434.

3 - ينظر: الفتاوى: 6 / 172.

وبهذا يظهر أن سد الذريعة هو الأمر غير الممنوع في أصله، لكن قويت التهمة في أدائه إلى فعل محظور[1]، فلا تتعلق بالنادر الوقوع[2]، ولا تتعلق بما لا سلطان للمكلف في حصوله أو عدم حصوله[3]، والمباح في أصله راجع إلى إذن الشارع، فهو يشمل بذلك الحقوق وكل ما لم يأت الشرع بتحريمه أو منعه أو النهي عنه، لأن الأصل في الأشياء والمعاملات والتصرفات الإباحة[4].

ولا يخفى أن تصرفات المكلف باعتبارها وسيلة إلى غاية تأخذ حكم ما أفضت إليه، فلا ينظر إليها في ذاتها من حيث الصحة والفساد أو الإذن والمنع وعلى هذا، فإنه إذا كانت نتيجة تصرف المكلف مفسدة راجحة، أو مساوية للمصلحة، منعت ولو كان الفعل في أصله مأذونا فيه، وذلك حسما لمادة الفساد واحتياطا في درئها، ويقابل ذلك أن المحظور أيضا إذا أدى إلى مصلحة مؤكدة أو أرجح من الضرر الواقع، صار هذا المحظور مأذونا فيه بالنظر إلى مآله مراعاة للعوارض الاستثنائية المحيطة بتصرفات المكلفين.

2- علاقة الذرائع بمبدأ النظر في مآلات الأفعال

«إذا نحن استقرينا موارد الشريعة الإسلامية الدالة على مقاصدها من التشريع، استبان لنا من كليات دلائلها ومن جزئياتها المستقرة

1 - تم التقييد بالمحظور ليخرج به ما يفضي إلى أمر مباح، وهو السبب والمقتضي كما قال ابن تيمية، الفتاوى، 6 / 173

2 - لأنها لو تعلقت بالنادر الوقوع لأدى ذلك إلى منع المباح والمندوب والواجب.

3 - ينظر: سد الذرائع، لهشام برهاني، ص: 81-80، وقاعدة سد الذرائع، ص: 63-62.

4 - ينظر: نظرية التعسف في استعمال الحق، لفتحي الدريني، ص: 202.

أن المقصد من التشريع فيها هو حفظ نظام الأمة، واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه وهو نوع الإنسان، ويشمل صلاحه صلاح عقله، وصلاح عمله، وصلاح ما بين يديه من موجودات العالم الذي يعيش فيه...»[1].

فمقصد الشريعة الإسلامية إذن، هو الإصلاح وإزالة الفساد في تصاريف أعمال الناس، ومن عموم الأدلة يحصل اليقين بأن الشريعة متطلبة جلب المصالح ودرء المفاسد.

وإذا تقرر هذا، وجب أن يتقرر كذلك أن لمقاصد الشريعة طُرُقًا وأدوات لتحصيلها وتحقيقها، فلكل مقصد وسيلة يدور معها[2]، يقول القرافي:«**وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد، وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، وهي: الطرق المفضية إليها**[3].

ويقول الشاطبي رحمه الله:«**وقد تقرر أن الوسائل من حيث هي وسائل غير مقصودة لأنفسها، وإنما هي تبع للمقاصد؛ بحيث لو سقطت المقاصد سقطت الوسائل، وبحيث لو تُوُصل إلى المقاصد دونها لم يُتوسل بها، وبحيث لو فرضنا عدم المقاصد جملة؛ لم يكن للوسائل اعتبار، بل كانت تكون كالعبث**»[4].

فقد يتوسل المكلف بالأمر المباح إلى ما هو حرام، وهنا يتدخل الشرع ليمنعه من بلوغ غايته، فلا اعتبار هنا للوسيلة فإن الوسيلة تسقط

1- ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للإمام ابن عاشور، ص: 273 وما بعدها.
2- ينظر: أبحاث في مقاصد الشريعة، للدكتور الخادمي، ص: 150.
3- ينظر: الفروق 2 / 61.
4- ينظر: الموافقات 2 / 353.

بسقوط مقصدها[1]، إذ هي بالنسبة للأصل كالصفة مع الموصوف، ولا بقاء للصفة مع ارتفاع الموصوف[2]، والقاعدة: **أنه كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة من حيث هي وسيلة إليه**، ويقرب من ذلك قولهم: **الفرع يسقط إذا سقط الأصل**[3].

وعلى هذا فلا عبرة بسلامة الوسيلة، نظرا إلى ما يفضي إليه التذرع بها من مآل ضرري، ومن هنا يكون مدخل سد الذريعة إلى مبدأ اعتبار المآل، يقول الشاطبي رحمه الله بعد حديثه عن أصل مراعاة المآل:«**وهذا الأصل، ينبني عليه قواعد كثيرة، منها قاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه، لأن حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة...**»[4].

من كلام الشاطبي رحمه الله نفهم أن قاعدة سد الذرائع، منبثقة عن أصل المآلات، وذلك بالنظر إلى ما يستلزمه الواقع من اعتبار لتحقق مقاصد الشارع، وموافقة مقاصد المكلفين لها، وعلى اعتبار أن «الوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها»[5].

1- وتسقط الوسائل أيضاً إذا تبين عدم إفضائها إلى مقاصدها. ينظر: القواعد للمقري 1 / 242.

2- إلا إذا كانت هذه الوسيلة مقصداً باعتبار آخر، فإنها لا تسقط من هذه الجهة، وذلك كمن لا شعر له في الحج، فإنه يمر بالموسى على رأسه. ينظر: القواعد للمقري 1 / 329، وشرح تنقيح الفصول ص353، والفروق 2 / 61، والموافقات 2 / 26

3ينظر: المصادر السابقة.والبحر المحيط للزركشي، 2 / 107، والمنثور في القواعد 3 / 22، وقواعد ابن رجب الحنبلي،ص:11، والأشباه والنظائر لابن نجيم، ص: 121، والأشباه والنظائر للسيوطي، ص: 118.

4 – ينظر: لموافقات: 4 / 198.

5 – ينظر: منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد عليش، 3 / 545.

ومن هنا تحرم الذرائع، وإن لم يُقصد بها المحرم خشية إفضائها إلى المحرم يقول ابن تيمية رحمه الله: «**الذرائع حرمها الشارع، وإن لم يقصد بها المحرم خشية إفضائها إلى المحرم، فإذا قصد بالشيء نفس المحرم كان أولى بالتحريم، وبها تظهر علة التحريم في مسائل العينة وأمثالها، وإن لم يقصد البائع الربا، لأن هذه المعاملة يغلب فيها قصد الربا فيصير ذريعة، فيسد هذا الباب لئلا يتخذه الناس وسيلة إلى الربا، ويقول القائل: لم أقصد به ذلك، ولئلا يدعو الإنسان فعله مرة إلى أن يقصده مرة أخرى، ولئلا يعتقد أن جنس هذه المعاملة حلال، ولا يميز بين القصد وعدمه، ولا يفعلها الإنسان مع قصد خفي من نفسه على نفسه، وللشريعة أسرار في سد الفساد وحسم مادة الشر...**»[6].

فكل ما سبق يبين أن الأصل في سد الذرائع هو النظر في الفعل ونتيجته، فيأخذ كل فعل حكم نتيجته، وقد سبق أن عالج البحث مسألة عناصر النظر في المآلات، وبين ارتباط الفعل بنتيجته وترتب الحكم على ذلك ارتباطا بالواقع، وبالعوارض الطارئة التي يجب مراعاتها عند النظر، حفاظا على المصالح التي يُخشى فواتُها.

إن قاعدة سد الذرائع تُوَثِّق الأصل العام الذي قام عليه التشريع الإسلامي كله، هذا الأصل لا يخرج عن مفهوم العدل، والذي يفرض أن تكون تصرفات المكلفين جارية عليه وترتبط به وجودا وعدما، من جهة اعتبار ما يجلب المصلحة، ومن جهة دفع وسد كل ما يفضي

6 – ينظر: الفتاوى: 6 / 174.

إلى المفسدة، ولا عجب هنا أن يعتبر الإمام ابن القيم رحمه الله سد الذرائع أحد أرباع التكليف[1]، ولا عجب كذلك أن يوسع الشاطبي رحمه الله نطاق العمل بالذرائع لتشمل العبادات مع المعاملات[2]، لتظهر بلك الطبيعة الوقائية لمبدأ سد الذرائع، والتي تنسجم مع الصبغة الغائية والمقصدية للشريعة الإسلامية.

إن العلاقة بين مبدأ النظر في المآلات وقاعدة سد الذرائع، هي علاقة سَبَبٍ ومُسَبَّبٍ، هذه العلاقة التي تجد امتدادها في ارتباط الوسائل بالمقاصد إباحة ومنعا، على اعتبار أن كل وسيلة تَوَقَّفَ تحقيق قصد الشارع عليها فهي مشروعة وإن كانت ممنوعة، وكل وسيلة أدت إلى مناقضة مؤكدة لقصد الشارع فهي باطلة وإن كان الأصل فيها الإذن.

ويشهد للذي مر آنفا قول الشاطبي رحمه الله حين قال:«**لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرة بذلك، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقا والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت من أجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات**»[3].

---

1 – ينظر: انظر إعلام الموقعين: 3 / 159.

2 – يقول رحمه الله: « وفي الجملة، فكل عمل أصله ثابت شرعا، إلا أن في إظهار العمل به والمداومة عليه ما يخاف أن يعتقد أنه سنة، فتركه مطلوب في الجملة أيضا من باب سد الذرائع »الاعتصام، ص: 378.

3 – ينظر: الموافقات: 3 / 121

إن الشاطبي رحمه الله وهو يقرر هذا، يشير في جملة ما يقصده من ذلك إلى طريق أخرى من وسائل النظر في المآلات، وهي طريق الحيل، وقد مر معنا أن الشاطبي رحمه الله قرر أن أصل اعتبار المآل يؤدي إلى أن الفعل المشروع لمصلحة تستجلب أو لمفسدة تدرأ، يمنع منه إذا آل إلى استجلاب تلك المصلحة أو درء هذه المفسدة إلى فوات مصلحة أهم أو حدوث مفسدة أكبر، وهذا الأصل يشمل الحيل كذلك.

ثانيا: من مظاهر العمل بالذرائع اعتبارا للمآل في فتاوى المعاملات المالكية

1- التهمة الموجبة للمعاملة بنقيض القصد سدا للذريعة:

«من الأصول المعاملة بنقيض المقصود الفاسد»[1].

تمثل هذه القاعدة جانباً من جوانب الطبيعة الوقائية لسد الذرائع؛ لأن القاصد إلى المآل الفاسد لو لم يعاقب بحرمانه من قصده لأدى ذلك إلى أن تؤكل أموال الناس دون أن يكون لذلك أسبابها المشروعة، فهي فرع عن قاعدة «**الأمور بمقاصدها**» التي أولاها الفقهاء عناية بالغة في التطبيق الفقهي، قال الإمام الشافعي رحمه الله معلقا على حديث «إنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى»[2]:« يدخل في هذا

1- ينظر: إيضاح المسالك للونشريسي، ص:132.

2- أخرجه البخاري في كتاب بدء الوحي، باب كيف بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث رقم «1» وأخرجه مسلم في كتاب الإمارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال بالنية،»حديث رقم: «1907»

الحديث ثلث العلم، ويدخل في سبعين بابا من الفقه»[1].

فالفقيه قد يَحْكم على الفعل أو التصرف أو يفتي بناءً على النظر المقصدي في المكلّف، بمعنى: أنه يجتهد في التفتيش عن مقصود المكلّف في تصرّفه وفعله، فإنّ المكلّف قد يلجأ إلى فعل يتوسّل به إلى مقصوده، ولأجل ذلك يتخذ ما لم يشرعه الله من وسائلٍ وأسباب ليحقق مقصوده الفاسد، فمثل هذا يجب أن يعامل بنقيض قصده، إذا ظهر للمجتهد أو المفتي قصده الفاسد.

والذي يعامل بنقيض الشرع أحد رجلين: إما من يتخذ المباح وسيلة إلى ممنوع، فتمنع عليه الوسيلة ويمنع كليا من قصده ومن نتائجه، وإما من يتسبب في فعل حرام تنتج عنه مصلحة تابعة للسبب فيمنع منها[2].

١ - المسألة الأولى: مسألة التصيير[3]

- سئل ابن أبي راشد[4] عن رجل كانت له زوجتان، فمال إلى إحداهما وبنيها، ونفى الأخرى وبَنِيهَا، فأشهدَ أن نِصْفَ هذه الدار

1- ينظر: المجموع شرح المهذب للنووي، 1 / 16، والأشباه والنظائر للسيوطي، 1 / 11، وجامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي، ص:9

2- ينظر: الموافقات، 402405 /1.

3- هذا من الاصطلاحات التي انفرد بها المالكية، ومعناه كما عرفه ابن سلمون في العقد المنظم للحكام: « هو إعطاء الملك في دين يكون للمُصَيَّر له على المُصَيِّر»1 / 188، وانظر وثائق ابن حمدون بناني بشرح الهواري، ص: 168

4- هو ابو الفضل راشد بن أبي راشد الوليدي الفقيه، أخذ عن ابي محمد صالح، وعنه أبو الحسن الصغيرله الحلال والحرام، وحاشية على المدونة، توفي سنة: 675 هـ، ترجمته في: الشجرة، 1 / 201 وكفاية المحتاج للتنبكتي،1 / 207،

للزوجة المنقطع إليها، وأن هذه الماشية لها، وهذا الموضع لبنيه منها أو لصغيرهم، وأن لها عليه دينا أو قال: أكلت لها متاعا وفيه أعطيتها ما أعطيتها، ولم يعلم ذلك إلا بقوله، فجاءت المَنفية وبَنُوهَا بعد موت الزوج يطلبون الواجب لهم في ذلك ونفقتهم؟

فأجاب بما نصه:

«الجواب أن إقرارَ الزوج المذكور للزوجة المُتَّهَمِ بالميل إليها لها بالدّين وتَصْيِيرِ نِصفِ الدار المذكورة لها عندي باطل حتى يُعلمَ أصل الدَّين بالبينة، أو يَقُومَ لذلك دليلٌ أنها كانت تقتضيه منه أو تطلبه به طَلَبَ الاقتضاء الشديد المؤدي إلى المخاصمة فيه والمحاكمة؛ فَيَصِحُّ الدَّيْن ويبقى النظر في صحة التصيير وفساده، فإن رَفَع يده عن الجزء الذي صَيَّرَ وحازته عنه عَقِبَ التصيير صَحَّ،وإن لم تقبضه عنه حتى طال الزمان أو مات بَطُل على قول أبي عمران[1] وغيرِه، وصَحَّ على قول يحيى بنِ عمر[2]، وسُحنون وأبي بكر بنِ عبد الرحمن[3] وغيرهم، فَيَتَرَجَّحُ عندي الحكمُ في هذه النازلة بقول أبي عمران ومن قال بقوله في هذه النازلة خاصة، لِمَا ثَبَتَ من ميله إليها،ويُحْمَلُ على

---

1 – هو أبو عمران موسى بن عيسى بن أبي حجاج الغفجومي الفاسي، وفي ترتيب عياض بن أبي حاج، توفي سنة 430 هـ. ترجمته في ترتيب المدارك، 2 / 280، والصلة، 3 / 881، والديباج المذهب 2 / 269، وانظر الفكر السامي، 2/ 205ـ206 ، وفهرس الفهارس، 1 / 159.

2 – هو أبو زكرياء يحيى بن عمر بن يوسف بن عامر الكناني الجياني الأندلسي القيرواني،توفي سنة: 298 هـ. انظر ترجمته في: طبقات للخشني، ص: 14، وتاريخ ابن الفرضي، ص: 2 / 184 وترتيب المدارك، 1 / 505، والديباج،2 / 283، وشجرة النور، 173.

3 – هو أبو بكر أحمد بن عبد الرحمن الخولاني القيرواني، توفي سنة: 432. انظر ترجمته في: ترتيب المدارك، 2 / 279، والديباج،1 / 165، والشجرة، 1 / 107.

أنهما لم يَعْقِداه من أول عَقْدِهِما إلا على أن الجزءَ المُصَيَّرَ لا يُقبَضُ إلا بَعْدَ مَوتٍ أو فِراقٍ فلا يجوز بإجماع العلماء.

وأما الزوجةُ المنفيةُ فإن لها الرجوع في تَرِكَة الزوج بنفقتها وبما أنفقته على أولادها الصغار من مالها، أو ما تَسَلَّفَت أو احتالت حتى بَلَغُوا مَبْلَغَ الكسب، وما تَصدَّقَ به من أرض على كبير فلم يقبضه عن المتصدِّقِ حتى مات بَطُلَ، وما تَصَدَّقَ به على صغار بَنِيهِ فهو ماضٍ لَهُمْ إن مات الأب قبل رُشْدِهم لأنه الحائزُ لهم، وإن لم يقبضوه في حياته بعد رُشْدِهم حتى مات الآن بَطُلَت، وكتب لكم بذلك وَلِيُّكُم بالله تعالى راشد بن أبي راشد الوليدي لطف الله به[1]».

. وجه اعتبار المآل في النازلة:

إن فتوى ابن أبي راشد الوليدي قد قامت في بنائها الفقهي على ما يلي:

1ـ الالتفات إلى الباعث على الفعل، وقد مَرَّ الحديث عن أن نظرية الباعث هي إحدى النظريات ذات الصلة بأصل اعتبار المآل، ومن ثم كان للقصد أثره في نظر المفتين وذلك بالنظر إلى كثرة الوقوع والمآلُ الكثير الوقوع مُعْتَبَرٌ عند المالكية، وبما أن الأصل هو أن الأسباب المشروعة يترتب عليها أحكام ضِمْنـًا، فكذلك غير المشروعة يترتب عليها أيضا أحكام ضمنا[2]،فالفعل سليم في ظاهره، وتَوَسَّلَ به صاحبه إلى أمر غير مشروع، لذا وجبت المعاملة بنقيض القصد إذ وَقَعَتِ

1 – ينظر: المعيار المعرب، 5 / 127 – 128.

2 – ينظر: الموافقات: 1 / 401

التُّهْمَةُ على المُصَيِّرِ، و التهمة هنا يقويها:

ـ **أولا**: من شروط التصيير أن يُعْلَمَ مِقْدَارُ الدين المُصَيَّرِ فيه، وقد قال ابن عاصم:

والشَّرْطُ في التصْيير أنْ يُقَدَّرَا دَيْنٌ والإنْجَازُ لمَّا تَصَيَّرَا[1]

وهذه المعاملة فيها جَهْلٌ بأحد العِوضَيْنِ، والجَهْلُ مُفسِدٌ للعقود، كما هو معلوم من فروع المذهب وقواعده.

ـ **ثانيا**: قَبْضُ الزوجة الثانية وأولادها للدار المُصيَّرة كان بعد الوفاة، والأصل أن القبض يَجِبُ فَوْراً أو لمدة يسيرة كما قال ناظم العمل الفاسي:

وللحِيازةِ افتقارُ التَّصييرْ وحوزُهُ شهْر وذاك تكثير

وذلك الحَوْزُ المُقَدَّرُ بشَهر حَوْزُ تكثير، أي كثيرٌ مُدَّتُهُ عند من حَدَّ فيه حدّاً، ونهاية ما حدُّوا فيه شَهْرٌ، لأنه ليس بمَحْضِ تَبَرُّع، فيحتاج إلى حيازة عامة على ما به العمل في حَوْزِ التبرعات، وإنما هو مُعاوضةٌ، وشرَطوا فيه الحَوْزَ، لأنه لما كثُرت حِيَلُ الناس على التوصل به إلى التوليج شَرَطُوهُ فيه سدا للذريعة إلى تكميل غَرَضِهم الفاسد[2].

ثالثا: ثبوت ميل الزوج إلى المصيَّر لها مما يعني المحاباة وتقوية التهمة.

2ـ الموازنة بين مصلحة ومفسدة، وهذه المصلحة في ذاتها مُتَوَهَّمَةٌ وغير حقيقية وما يترتب عليها مفسدة حقيقية توجب اعتبار التهمة في

1- ينظر: البهجة شرح التحفة للتسولي،2 / 249، وشرح ميارة على التحفة، 2 / 126.

2- ينظر: تحفة أكياس الناس، ص: 228.

فعل المصير، فرغم أن فعل التصيير قد يَجْلُبُ مصلحةً لبعض الأطراف ففيه ضرر لطرف آخر، وقد ثَبَتَ أن بعض ما يتجه إليه النظر المآلي هو الضرر المتوقع في الآجل، وقاعدة: «**الضرر يزال**» في شمولها تقتضي أن تجرى على كل ما يَصْلُحُ عليه معنى الضرر، على اعتبار أن ما يُفضي إلى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه[1]، وعلى هذا، إذا كان غرض المصير إيقاع الضرر على زوجته المنفية وأولادها بتصييره داره إلى زوجته المنقطع إليها وأولادها، فقد ثبتت نية الإضرار وتفويت حق ورثة شرعيين لسبب غير شرعي، ومقتضى العدل المنع من هذا التصرف حفاظا على المصالح الحقيقية المعتبرة شرعا.

3ـ حين اجتمع القصد الفاسد وقوِيَت التهمة وتُيُقِّنت المفسدة ورَجَحَتْ على المصلحة الوهمية، كان العمل بمبدأ الاحتياط واجبا سدا للذريعة وحسما لمادة الفساد، ومن هنا وجب العَوْدُ إلى مقتضى أحكام الشرع بأن تَرْجع الزوجة المنفية في تركة زوجها بما هو واجب لها شرعا، لا من حيث النصيب ولا من حيث المستحقُّ لها من أموال صارت دينا في ذمة الزوج بموجب ما أنفقته على الصغار حتى بلوغهم مبلغ الكسب، مع اعتبار حال أبنائه المتصدق عليهم من الزوجة الأخرى، من كونهم كبارا أو صغارا، وعلى أية حال ما أثبته لهم أَبُوهُم من حَقٍّ فإن الشرع لا يُقِرُّهُ، لأن في ثبوته لهم تعد على حق قائم شرعا،

1 – ينظر: المغني مع الشرح الكبير: لابن قدامة المقدسي، 5 / 34.

فلا يترك ما أوجبه الشارع مراعاة لما أوجبه العباد، وما هذا إلا منع للتعسف في استعمال الحق، وذلك لانعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق غير المشروعة ابتداء، والضرر اللاحق بالورثة، وهذا معيار موضوعي عُلم من مقتضيات الشرع أنه يبطل المفعول الحقوقي للفعل المتعسف فيه.

المسألة الثانية: بيع بأجل

أفتى الشيخ أبو محمد صالح[1] في رجل له على آخر صَحْفَةٌ[2] قَمْحٍ من أرضٍ تساوي عشرة دنانير، فباعها منه بعشرة إلى أجل.

فأجاب: «بأنه لا يجوز وإن لم يكن له فيه سَلَفٌ بزيادة، ولكن يقال: ما فعلوا هذا إلا لغرض مقصود وإن خفي علينا، أو يُمنَع حمايةً وذريعةً لئلا يُتذرع به إلى فسخ الدين في الدين»[3].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

هذه الفتوى تأسست على مبدأ الذرائع بالنظر إلى ما أفضت إليه من الحرام، وما يلاحظ في هذه الفتوى أن الشيخ أبا محمد رحمه الله وضع احتمالين:

ـ أولهما: أن يكون المتعاقدان قد بَيَّتَا النية، وأضمرا القصد إلى ما آلتْ إليه نتيجة العَقد، رغم أن العقد غيرُ مُتَضَمِّنٍ للربا صراحة.

1 – هو الشيخ أبو محمد صالح الفاسي الهسكوري، هو غير أبي محمد صالح الصوفي دفين آسفي. توفي سنة: 631 هـ كما في الديباج والشجرة، وقرر الحجوي أنه مات سنة: 653 هـ، ترجمته في الديباج، ص: 1 / 352، وشجرة النور، ص: 185، والفكر السامي: 2 / 232.

2– إناء من فخار.

3 – ينظر: المعيار المعرب: 6 / 131.

ـ ثانيهما: أن تكون نية المتعاقدين سالمة عن القصد الفاسد، لكن نتيجة الفعل مآلها إلى فسخ الدين في الدين.

وهنا استوى عند أبي محمد صالح المناطان، أي على احتمال أن القصد مُضْمَرٌ فالنتيجة هي فَسْخُ الدَّيْنِ في الدَّيْنِ، وباعتبار النظر إلى القصد الفاسد فإن هذا الفعل حرام، ويفضي إلى حرام، وغايته أكل أموال الناس بالباطل ومآله الربا، وهو إضرار وإن رضي به المدين فإنه مخالف لمقصد الشارع من تشريع المعاملات، وهذا من باب تحقيق المناط، وبذلك، إذا كان السبب سببا لمفسدة في العادة، فإن فاعل هذا السبب يسأل عن المفاسد التي هي نتيجة طبيعية للسبب الذي أتى به[1]، وهو ما ينسجم وما قرره الشاطبي حين قال: «إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب، قصد ذلك التسبب أو لا، لأنه لما جعل مسببا عنه في مجرى العادات، عد كأنه فاعل له مباشر، ويشهد لها قاعدة مجاري العادات....»[2].

وهذا صورة لما في المدونة، قال ابن القاسم: «أرأيت إن أقرضتُه حِنطةً إلى أجل، فلما حلَّ الأجل بعته تلك الحنطة بدَيْنٍ إلى أجل، قال: قال مالك: لا يَحِل هذا، لأنه يَفسِخُ دينا في دين»[3]، ويوضح هذا قول سحنون:» أخبرني ابنُ وهب وابنُ نافع عن ابنِ أبي سلمة أنه قال: كل شيء كان لك على غريم كان نقدا لم يقبضه، أو إلى أجل فحَلَّ

1 - ينظر: التعسف في استعمال الحق، للدكتور محمد شوقي السيد، ص: 240.

2 - ينظر: الموافقات:1 / 335.

3 - ينظر: المدونة الكبرى: 3 / 170.

الأجلُ أولم يحِل، فأخرته عنه وزادك عليه شيئا من الأشياء قلَّ أو كثُر فهو ربـًا، وكل شيء كان لك على غريم كان نقدا فلم تقبضه أو إلى أجل، فحل الأجل أو لم يحل، فلا تبعه منه بشيء وتُوَخرْه عنه، فإنك إن فعلت ذلك فقد أربيت عليه، وجَعَلْتَ رِبَا ذلك في سِعْرٍ بَلَغَهُ لك لم يَكُنْ لِيُعْطِيكَهُ إلا بِنَظِرتِكَ إياه»[1].

وعلى احتمال أن الفعل عَارٍ عن القصد الفاسد فالنتيجة في نهايتها هي نفسها متعلَّقُ المناط الأول، فكان الحكم بذلك واحدا، فيظهر بهذا أن على المفتي في نظره في أفعال المكلفين وجب أن يقارب ويقارن بين المناطات وينظر إلى نتيجتها في الواقع حتى يكون عمله سالما من المعارضة ويكون حكمه على فعل المكلف محققا الغاية التي تغياها الشارع سبحانه من وضع الأحكام وجعلها وسائل إلى المقاصد.

المسألة الثالثة: تَصَدُّقُ امرأة بثُلثِها لأحفادها في مَرَضِ مَوْتِهَا [2]

سئل السيوري[3] عَمَّنْ تَصَدَّقَتْ بِدُيُونٍ على بَنِي ابْنِها، ودفعت الوثائق لأبيهم وجَدَّدَتْه، وذلك في صِحَّتها، ثم مَرِضت فأوصت بثلثها

1 – ينظر: المدونة الكبرى: 3 / 82..

2- هذه المسألة كما صح التمثيل بها في سد الذرائع، يمكن أن تصلح مثالا لتطبيقات الحيل، وذلك نظرا للارتباط الوثيق بين سد الذرائع وإبطال الحيل، مع مراعاة الخصوص والعموم الذي بينهما، فالذرائع تختص بالقصد الفاسد وبعدمه، أي بنتيجة الفعل الذي مآله مفسدة حتى ولو لم يتوفر قصد المخالفة، فأكثر ما يعنى به سد الذرائع هو النتيجة، أما الحيل فمبناها بالأساس على القصد الفاسد ومخالفة قصد الشارع.

3- هو أبو القاسم عبد الخالق بن عبد الوارث السيوري،كانت وفاته سنة ستين وأربعمائة بالقيروان، أو سنة اثنتين وستين وأربعمائة ترجمته في: ترتيب المدارك، 2 / 326، والديباج المذهب 2 / 18، وشجرة النور، 1 / 116.

لبني ابنها، ثم تُوُفِّيَتْ ولا وارث إلا هذا الابنُ وبِنْتٌ لِهجرانها لها في حياتها وبُغضها فيها، وفَعلت هذا بشهود قصد حرمانها وإيثار الابن وبنيه.

فأجاب:ما تقدم في الصحة من هِبَةٍ مَحُوزَةٍ، فالأظهرُ من المذهب إمضاؤها، وأما الوصية في المرض المَخُوفِ بالثُّلُث ففيه قولان مشهوران، وما ذكرتَ عن الشهود أنها إنما فعلتْ هذا إيثاراً لولدها وبنيه، إنما يُتلقى من قرائن الأحوال، والعلمُ منها إنما يَحصل للحُذَّاق وأهل الفِطنة، وربما اختَلَفَتْ على من لا يَعرف الإحسان، لأجل إحسانه وخدمته لها وحِرمان من تُعَاديه، فبعد تحقيق هذه النُّكتة يقع الجواب بعدها، قيل: إذا قَصَد الضرر بالوصية أو العطية من ذات الزوج، فمذهب ابن القاسم إمضاؤه ولابن الماجشون خلافه[1].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

في المسألة نظر إلى مآلين، لكل منهما مستنده من التعليل.

أولا: في هذه النازلة اعتمد السيوري مشهور مذهب من مالك وقول ابن القاسم في جواز فِعل الموصي بثلثه في مرض موته[2]، على اعتبار

1- ينظر: جامع البرزلي، 5 / 506، والمعيار المعرب، 9 / 178.

2- في المذهب أقوال ثلاثة نقلها ابن رشد في البيان، أولها: أن المرأة ذات الزوج إذا تصدقت بثلث مالها في مرض موتها قصدا للإضرار بزوجها، ففعلها محمول على غير الجواز، وهو رواية لأشهب عن مالك، وثانيها: قول ابن القاسم وسحنون بجواز ذلك ولو قصدت الإضرار، وثالثها: جوازه في أقل من الثلث، وهو رواية لسحنون عن ابن القاسم. ينظر: البيان والتحصيل، 14 / 23 – 27.

أن ذلك حقه فله التصرف فيه كيف شاء[1]، وقد أورد ابن رشد رحمه الله في بيانه تفصيلا طويلا في المسألة، والمسألة مبنية على الاحتياط، ذلك أن اقتران القصد الفاسد وقيام القرائن على ذلك لا يمنع من نفاذ الوصية أو العطية بالثلث في المرض المخوف، ما دام أن قدر الوصية لم يتجاوز الحد المشروع، ومنع المرأة من تصرفها ذاك هو منع لها من قصد الأجر والبر، وقد أشار السيوري رحمه الله إلى عدم اعتبار القصد الفاسد هنا حين قال: «والعلم منها إنما يحصل للحذاق وأهل الفطنة، وربما اختلفت على من لا يعرف الإحسان لأجل إحسانه...».

ثانيا: وهذا النظر مخالف للنظر الأول من حيث تَعَلُّقُ المناط بالنازلة، وذلك أن المرأة تَعَلَّقَ تَصَرُّفُهَا الثاني - أي الوصية بثلثها لبني ابنها في مرض موتها - بما يلي:

1ـ بالباعث على التصرف الذي أقدمت عليه المرأة، وهو قصد فاسد، أي قصد المضارة بابنتها التي بينها وبينها قطيعة وهجران، وهي قد أقرت بثبوت قصدها بإشهادها الشهود عليه، وقامت عليه قرائن الأحوال، وقد يصاحب هذا القصد قصد آخر خفي، وهو منفعة ابنها، فباعتباره وارثا لا تجوز الوصية له، فيكون تصرفها بذلك احتيالا غير مشروع.

1- ينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، 5 / 81.

قال ابن عطية[1] في المحرر الوجيز: «ووجوه المضارة كثيرة لا تنحصر وكلها ممنوعة يقر بحق ليس عليه ويوصي بأكثر من ثلثه أو لوارثه أو بالثلث فرارا عن وارث محتاج وغير ذلك ومشهور مذهب مالك وابن القاسم أن الموصي لا يعد فعله مضارة ما دام في الثلث فإن ضار الورثة في ثلثه مضى ذلك وفي المذهب قوله إن المضارة ترد وإن كانت في الثلث إذا علمت بإقرار أو قرينة ويؤيد هذا قول الله: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2].

وفي تفسير هذه الآية يقول الإمام أبو بكر بن العربي رحمه الله: «وفي هذا دليل على الحكم بالظن، لأنه إذا ظن قصد الفساد وجب السعي في الصلاح، وإذا تحقق الفساد لم يكن صلح، إنما يكون حكم بالدفع وإبطال للفساد وحسم له»[3]، فوجب إذن إقامة المظنة مقام المئنة.

2ـ بالتعسف في استعمال الحق، وذلك بأن قصدت المرأة من فعلها الثاني المضارة بابنتها، والوصية بالثلث حق أعطاه الشرع للمكلف لكن لم يبح له استعماله في الإضرار بالغير، وهذه المرأة قصدت البرور بأحفادها، لكن هذا القصد صاحبه قصد آخر أبطله، فتمنع منه

1- هو ابو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية المحاربي القاضي الغرناطي المالكي، توفي سنة: 541 هـ. انظر ترجمته في: الصلة لابن بشكوال، 3 / 563والديباج المذهب، ص:2 / 45، وشجرة النور، ص: 129، وسير أعلام النبلاء، 19 / 587.

2- ينظر: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لابن عطية الأندلسي في تفسير الآية: 182 من سورة البقرة.

3- ينظر: أحكام القرآن لأبي بكر بن العربي، 1 / 137.

سدا للذريعة.

2 - إعطاءُ الظني حكمَ المُتَحَقِّق أو إعطاء النادرِ حكمَ الغالب سدا للذريعة

تناول البحث الحديث عن هذه القضية حين عالج موقف المذاهب الفقهية من العمل باعتبار المآل، وحين تطرق إلى موقف المالكية من القصود والبواعث واعتبارهم إياها رغم كونها غير ظاهرة.

يقول الشاطبي:» لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال المعتبرة بذلك لأنه مقصود الشارع فيها - كما تبين -، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية؛ فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقًا والمصلحة مخالفة؛ فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها وإنما قصد بها أمور أخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها؛ فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع؛ فليس على وضع المشروعات»[1]، وقد تقرر أن الظن في أبواب العمليات جار مجرى العلم، وفي ذلك قال الإمام الحطاب: « مُنِع كل بيع جائز في الظاهر يؤدي إلى ممنوع في الباطن، للتهمة أن يكون المتبايعان قصدا بالجائز في الظاهر التوصل إلى ممنوع، وليس ذلك في كل ما أدى إلى ممنوع، بل إنما يمنع ما أدى إلى ما كثر قصده للناس»[2].

1- ينظر: الموافقات، 3 / 121.

2- ينظر: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، 6 / 271.

المسألة الأولى: بيع المملوكة للقصاب[1]

سئل فقهاء فاس عن بيع المملوكة للقَصَّاب، وهم يتسامحون في الفساد وعدم الغَيْرة، فهل يجوز ذلك أم لا ؟

فأجاب: «لا يجوز ذلك على مذهب مالك، وقد منع بيع العنب ممن يعصره خمرا، ومسائل كثيرة نحو ذلك كبيع السلاح من الكَفرة وعُصاة الإسلام، وغيرِ السلاح من كل ما يَتأذى به مسلم»[2].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

قال الإمام مالك:«أما كل ما هو قوة على أهل الإسلام مما يتقوون به في حروبهم من كُراع أو سلاح أو خرثي[3] أو شيئا مما يعلم أنه قوة في الحرب من نحاس أو غيره فإنهم لا يباعون ذلك»[4].

فحُكْمُ بيع السلاح ممن يقاتل به المسلمين كحكم بيع العنب ممن يتخذه خمرا [5]. والمذهب في هذا سد الذرائع كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد قطع الطريق على المسلمين أو إثارة الفتنة بينهم»[6]، إذ الأصل في هذا الوجه رغم إفضائه إلى المفسدة النادرة أن يمنع من باب إعطاء النادر حكم الغالب، وعملاً بمسلك الاحتياط الواضح

1- قد يقصد به الجزار، وقد يقصد به النافخ في القصب، وهو إلى هذا المعنى أقرب حسب سياق الفتوى، ينظر:المحكم والمحيط الأعظم، لابن سيده، 6 / 215، ولسان العرب،1 / 674.

2 – ينظر: المعيار المعرب: 6 / 126.

3- أردأ المتاع وسقطه، ينظر: اساس البلاغة 1 / 237،ولسان العرب،2 / 145.

4 – ينظر: المدونة الكبرى 3 / 294.

5 – ينظر: التاج والإكليل لشرح مختصر خليل،4 / 366.

6 – ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل،6 / 50.

أثره في الفتوى، ذلك أنه رغم أن الأصل في البيع هو الحلية، فإن هذا البيع بخصوصه حرام لما فيه من المفسدة المتوقعة التي قد تؤول على المسلمين بالضرر.

المسألة الثانية: في صفقة جمعت حلالا وحراما في صورة وفسخ دَيْنٍ في دَيْنٍ في صورة أخرى:

أفتى أبو الربيع الونشريسي[1] في رَجُلٍ كان له قِبَل رجل درهمان، فاشترى ربُّ الدَّيْن من المِديان صَحْفَةً من زبيب بثوب ودراهم زائدة على الثوب، وكانا أقاما الثوب بسبعة دراهم، فقال المديان: اكسِر الدرهمين التي لك عندي، فقال رَبُّ الدين: ذلك لا يجوز، وإنما اقبِضْ مالَكَ، وإن كان لي عندك شيء فهاته، فقبض منه ثمن الصحفة ورد إليه منه الدرهمين اللتين كانتا له عليه وكان الزبيب في جَرِينٍ لم يُضَم بعد، وتواعدا في ضمه وقبضه إلى الغد.

قال:«العقد فاسد، لأنه فَسْخُ دَيْنٍ في دَيْنٍ، لأن أمرهما آل لمَّا رد إليه الدرهمين إلى أن باع زبيبا بدرهمين في ذمته يقبض ذلك الزبيب منه من الغد، وهو عَيْنُ فسخ دَيْنٍ في دَيْنٍ[2] فيرد ما أخذ من الزبيب ويرجع

1 – هو أبو الربيع سليمان الونشريسي الفاسي الإمام المقرئ، كان يقرأ التفريع لابن الجلاب، والمدونة، ويقوم عليهما أحسن قيام، توفي سنة 705هـ. ترجمته في: كفاية المحتاج، 1 / 211، و الفكر السامي، 2 / 236.

2 – صورة هذه المعاملة أن دائنا له على مدينه دراهم، ثم باع هذا الدين له بشيء مؤجل تسليمه إلى أجل مسمى. فسخ الدين في الدين هو أن يفسخ ما في ذمة مدينه في أكثر من جنسه إلى أجل أو يفسخ ما في ذمته في غير جنسه إلى أجل. ينظر: شرح الخرشي على خليل،5 / 76.

بقيمة الثوب ويتقاصَّا ذلك والله أعلم»[1].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

بتأمل النازلة والجواب عليها، نرى أن العقد بين الدائن والمدين جمع بين أمرين:

1ـ صفقة بيع الزبيب بالثوب والدراهم.

2ـ قبض المدين ثمن الزبيب من الدائن ورد الدرهمين إلى الدائن على أن يقع تسليم الزبيب في الغد.

هذا يعني أن العقد في نهايته آل إلى أمر ممنوع شرعا، فحُكِم بفساد العقد لجمع العاقدين بين فسخ الدين في الدين، ومعين يتأخر قبضه وهو الزبيب الذي ابتاعه صاحب الدين بدراهم وثوب قوم بسبعة دراهم، والطعام في أصله مضمون معين يتأخر قبضه وذلك غرر[2] مخالف لشروط السلم، والدراهم رجعت إلى الدائن مع شرط تأخير قبض الزبيب إلى الغد، وهنا كان فسخ الدين في الدين، فالذمة لم تبرأ من الدين الأول ولم تبق مشغولة به كما كانت[3]، وقد اتفقا على حط درهمين من صفحة الزبيب المتأخر قبضها، فاقتضى ذلك فسخ الصفقة كلها، سدا للذريعة لجمعها حلالا وحراما، أي بيع وفسخ دين في دين.

---

1 – ينظر: المعيار للونشريسي، 5 / 122 – 123.

2- ينظر: الفروق، 3 / 469.

3- ينظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي، 6 / 114 – 115.

وهذا من أبواب الربا، والقاعدة تقول: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام، ومذهب مالك أن بطلان بعض الصفقة لحق الله يعود على باقيها بالبطلان[1]، ولأن القاعدة أن الحكم إذا علل بعلة غالبة اكتفي بغلبتها عن تتبعها في كل صورة إعطاء للنادر حكم الغالب، والحكم المعلق بالمظنة لا يتوقف على تحقق الحكمة[2]، لهذا كان العمل بالذرائع من باب الأخذ بالاحتياط على ما قرره الإمام أبو الحسن الصُّغَيِّر[3] في فتوى مماثلة[4].

المسألة الثالثة: حكم مبايعة أهل الكتاب

سئل سيدي قاسم العُقباني[5] هل تجوز مبايعة أهل الكتاب فيما يجوز تملكه أم لا؟

فأجاب: «أما دراهمهم فمباحة لنا والطعام ونحوه فذلك جائز، بخلاف المصحف والخيل وما فيه مضرة للمسلمين، وأما أخذهم لدراهمنا التي فيها اسم الله فلا يجوز على المشهور.[6]

1- ينظر: المدونة، 3 / 553، و المنتقى، 6 / 240، والبهجة للتسولي،2 / 250.
2- ينظر: التاج والإكليل، 4 / 216، ومواهب الجليل، 5 / 597، وشرح ميارة على التحفة، 1 / 453.
3- هو أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي الشهير بالصغير مصغرا ومكبرا، الشهير بالمغربي. توفي سنة: 719 هـ. انظر ترجمته في الديباج المذهب،1 / 93،وشجرة النور، 1 / 215.
4- ينظر: المعيار المعرب، 5 / 125.
5- قاسم بن سعيد التلمساني العقباني المغربي المالكي ويدعى أبا الفضل، توفي سنة:854هـ. ترجمته في: كفاية المحتاج، 2 / 10،وتوشيح الديباج،ص:169. شجرة النور،1 / 255.
6- ينظر: المعيار المعرب، 5 / 103.

وجه اعتبار المآل في النازلة:

الأصل في معاملة أهل الكتاب قول الله تعالى﴿ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ وَطَعَامُكُمۡ حِلّٞ لَّهُمۡۖ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ إِذَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِيٓ أَخۡدَانٖۗ وَمَن يَكۡفُرۡ بِٱلۡإِيمَٰنِ فَقَدۡ حَبِطَ عَمَلُهُۥ وَهُوَ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ مِنَ ٱلۡخَٰسِرِينَ﴾[1].

إلا أن هذه الحِلِّية ليست على إطلاقها، ذلك أن أهل الكتاب لا يتورعون عن إلحاق الأذى بالمسلمين، ومن ثم فتقييد الحلية بأمن الأذى هو معتمد فتوى الإمام العقباني، وهو ما يلزم إلحاق الظني بالمتحقق.

ومستند العقباني ما جاء في المدونة عن الإمام مالك رحمه الله أنه «سئل عن قوم يَغْزُونَ فَيَنْزِلُونَ قُبْرُسَ فيشترون من أغنامهم وعَسَلِهِم وسَمْنِهِمْ بالدنانير والدراهم، فَكَرِهَ ذلك مَالِكٌ، وقال لنا ابتداء مِن عندِه: إني لَأُعْظِمُ أن يُعْمَدَ إلى دَرَاهِمَ فيها ذِكْرُ الله وكِتَابُهُ ويُعْطَاهَا نَجَسٌ، وأَعْظَمَ ذلك إعظاماً شديداً وكَرِهَهُ، قلت: هؤلاء الذين يَنْزِلُونَ بساحلنا منهم، وأَهْلُ ذِمَّتِنَا أَيَصْلُحُ لنا أن نشتري منهم بالدنانير والدراهم؟ قال مالك:أكره ذلك، قال فقيل له: إن في أسواقنا صَيارفةً منهم أفَنَصْرِفُ منهم؟ قال: أكره ذلك»[2].

1- سورة المائدة، الآية 5.

2- ينظر: المدونة، 3 / 294.

وعلى هذا فالإمام العقباني رحمه الله أخذ بالحكم الأصلي في حلية دراهمهم وطعامهم، لكن أخذ بالمنع من معاملتهم بالدرهم والدينار المنقوش والخيل وكل ما يمكن أن يكون لهم به قوة على المسلمين[1]، وكذلك المصحف للنهي الوارد في الحديث: «لاَ تُسَافِرُوا بِالْقُرْءَان، فَإِنِّي لاَ آمَنُ أَنْ يَنَالَهُ الْعَدُوُّ»[2].

3 – اعتبار الحال[3] والمكان والزمان سدا للذريعة:

أ- اعتبار الحال:

اعتبار حال المكلف هو أحد مقومات النظر في النوازل والقضايا التي يعالجها المفتي، وأحد العوامل المؤثرة في المناط، وله قدره وتأثيره في الفتوى، وهو أول ما يجب على المفتي أن يعتبره وهو يتعامل مع النازلة المعروضة عليه، وهذا المسلك أصيل في النظر الفقهي المصلحي والمقصدي.

ولهذا أصل معتبر في الشريعة، إذ تعود أصالةُ اعتبار الحال إلى الكتاب والسنة وفقه الصحابة، فمن القرءان قوله تعالى ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأۡتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ يُضَٰعَفۡ لَهَا ٱلۡعَذَابُ ضِعۡفَيۡنِۚ وَكَانَ

1- ينظر: المقدمات الممهدات، 2 / 155 – 157.

2- رواه البخاري في كتاب الجهاد والسير، باب كراهية السفر بالمصاحف إلى أرض العدو، الحديث: 2990، ومسلم في كتاب الإمارة، باب النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار إذا خيف وقوعه بين أيديهم، الحديث: 1869، واللفظ لمسلم

3- تنبغي الإشارة إلى أنه لا يجب الربط هنا بين هذا الاعتبار وأثر الحال والمكان والزمان في تغير الفتوى، إذ إن هذه العناصر الثلاثة في هذا المبحث هي قرائن وأمارات توجه المفتي إلى ما ينبغي العمل به من أصول وقواعد الشريعة.

ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرًا﴾[1].

فقد راعى القرءان هنا حالَ زوجات النبي عليه السلام، ولذلك أشار إلى مضاعفة العقوبة بالنظر إلى حالهن خلاف كل نساء المؤمنين، قال القرطبي: «فلما كانت نعمتهن أكثر جعل عقوبتهن أشد، وكذلك الإماء لما كانت نعمتهن أقل فعقوبتهن أقل»[2].

ومن السُّنة نَهيُ النبي ﷺ أبا ذَرٍّ الغِفاري عن الإمارة[3] وعن ولاية اليتيم، وقد أمَّر غيره من الصحابة، وحَثَّ على كفالة اليتيم، وقد رَخَّصَ للشيخ الصائم في القُبْلة ونهى عنها الشاب[4] لكون المظنة في أيلولة القُبْلَةِ إلى ما هو أكبرُ منها مُتَحَقِّقَةٌ، وراعى النبي ﷺ حال الأعرابي الذي واقع أهله في رمضان[5]، وامتنع عن بناء الكعبة اعتبار

1- سورة الأحزاب، الأية 32

2- ينظر: الجامع لأحكام القرءان، 5 / 146

3- المقصود قوله عليه السلام لأبي ذر: «يا أبا ذر إني أراك ضعيفا، وإني أحب لك ما أحب لنفسي، لا تأمَّرن على اثنين ولا تولَّينَّ مال يتيم»، رواه مسلم في كتاب الإمارة، باب كراهة الإمامة لغير ضرورة، الحديث: 1825.

4- أخرج مالك وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: « رخص للكبير الصائم في المباشرة وكره للشاب» أخرجه مالك في الموطأ في كتاب الصيام، باب: ما جاء في التشديد في القبلة للصائم، عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن ابن عباس مرفوعا، وابن ماجه في كتاب الصيام باب ما جاء في المباشرة للصائم، عن عطاء بن السائب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس، الحديث:1687 ،وعن أبي هريرةأن رجلا سأل النبي ﷺ عن المباشرة للصائم فرخص له، وأتاه آخر فنهاه، هذا الذي رخص له، شيخ والذي نهاه شابرواه أبو داود بإسناد جيد ولم يضعفه. وعن ابن عمرو بن العاص قال:» كنا عند النبي ﷺ فجاء شاب فقال: يا رسول الله، أقبل وأنا صائم ؟ فقال: لا. فجاء شيخ فقال: أقبل وأنا صائم ؟ قال نعم «رواه أحمد بن حنبل بإسناد ضعيف ،2/ 185.

5- رواه البخاري، في كتاب الصيام، باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه

لحال الناس يومها[1].

والمقصود بمراعاة الحال هنا، نَظَرُ المفتي إلى حال المستفتي أو حال أطراف النازلة التي ينظر فيها، وذلك إما من جهة السلب أو من جهة الإيجاب، فقد يقتضي منه النظرُ في حال المعني بالنازلة أن يُشَدِّدَ عليه في الفتوى منعا للمآل الفاسد، إذ ربما أدى عدم اعتبار الحال إلى مفسدة تُفَوِّتُ مصلحةً شرعيةً، أو إلى مناقضة قصد الشارع من الأحكام، أو لربما أدى عدم مراعاة الحال إلى وقوع الضرر بأطراف أخرى، ولذلك «فلا بد ممن ابتلي بالحكم بين الناس من نظر خاص في كل نازلة نازلة تحدث بين يديه، فينظر فيها إلى حال المدعي والمدعى عليه وإلا انقلبت المصلحة مفسدة»[2].

ومن هنا كان النظر في الحال أحدَ العوامل المؤثرة في تحقيق المناط، فالمفتي قبل أن يُصْدِرَ فتواه بالإقدام أو الإحجام على الفعل فلا بد أن يحقق مناط النازلة المعروضة عليه، ويعرف كيف تنزيل الحكم بعد أن يكون قد ثبت لديه بمدركه الشرعي كما قال الشاطبي رحمه الله.

لذلك، اعتبر فقهاء المالكية حال الشخص قرينةً على مآل الفعل أومآل الحكم، ومن ثم أعملوه في نظرهم الفقهي، فحال المستفتي أو حال من تعلقت به الفتوى تنبئ على ما يمكن أن يكون عليه الحال إذا

فليكفر، الحديث: 1843 .ومسلم في كتاب الصيام، باب تغليظ تحريم الجماع فى نهار رمضان على الصائم ووجوب الكفارة، الحديث:2651.

1- سبق تخريجه.

2- ينظر: النوازل الكبرى، 5 / 228.

ما رُخص في الفعل، فيكون العمل بسد الذريعة هو الواجب.

المسألة الأولى: بيع سلعة وشراؤها بأقل من ثمنها

قال الوزاني[1]: «اعلم أنه إذا باع الرجل من غيره سِلعةً ثم اشتراها منه بأقلَّ مما باعها به أوَّلاً، فإن كانت البيعتان مؤجلتين، اتُّهِم على ذلك سائر الناس.قال ابن عرفة: اتفاقا، ولو لم يكن واحد من المتبايعين من أهل العِينَة، وإن كانت الأولى مؤجلة، فقال اللخمي وابن بشير وابن عرفة وغيرهم: حُكمها حكمُ ما إذا كانتا مؤجلتين، وإن كانت الأولى نقدا والثانية لأجَل، فذكر اللخمي والمازَري قولين. قال ابن بشير وابن الحاجب: المشهور منهما أنه لا يُتَّهَم إلا أهل العينة، وإن كانتا معا نقدا حُمِل أمرُهما على الجواز، ولا يُتهمان في شيء من ذلك باتفاق، إلا أن يكون من أهل العينة فيُتهمان باتفاق، فإن كان أحدهما من أهل العينة فقال أَصبَغ ذلك بمنزلة ما إذا كانا من أهل العينة، لأن الآخر يعامله عليها.

ونقل ابن مَحرز كلام أصبغ كأنه المذهب ولم يقيده بشيء، وكذا ابن رشد والقرافي وابن شاس، خلافا لما يقتضيه كلام التوضيح من أنه ضعيف. وقَيَّدَ اللخمي والمازري كلامَ أَصبغ بما إذا لم يكن الثاني من أهل الفضل والدين، فإن كان من أهل الفضل والدين حُمل على أنه لم يعامله على العينة»[2].

1 - هو أبو عيسى المهدي بن محمد بن الخضر العمراني الحسني الوزاني الفاسي، توفي سنة:1342 هـ. ترجمته في: الفكر السامي، 2 / 318، وشجرة النور، 1 / 435.
2 - ينظر: النوازل الجديدة الكبرى، 6 / 29، وانظر فتاوى ابن رشد، 1 / 384.

وجه اعتبار المآل في النازلة:

يتأسس كلام الإمام الوزاني رحمه الله على النظر إلى البواعث، وذلك بالنظر إلى حال العاقدين، فمتى كان العاقدان أو أحدُهما ممن يتعامل بالعِينة وعُرف منهما ذلك، فالواجب على المفتي أو الحاكم منعهما من إيقاع العقد، سدا لذريعة القصد الفاسد إلى الممنوع شرعا، ذلك أن العقد في أوله دَيْنٌ، والدَّيْنُ جَائِزٌ، لكن جَعَلَ هذا الدَّيْنَ وسيلةً إلى حرام، وما كان وسيلة إلى قصد حرام فهو حرام استنادا على قاعدة بطلان الوسائل ببطلان المقاصد، وأن الأمور تعطى حكم مقاصدها.

هذا بالإضافة إلى أن مذهب المالكية الحكم بصحة العقود أو بفسادها بحسب قصد العاقدين، أي باعتبار ما يدل على هذا القصد من قرائن وأمارات؛ فإن دلت القرائن على أن قصد العاقدين أو أحدهما التوصل إلى غرض ممنوع، حكم بفساد العقد وعدم ترتب آثاره[1]، ومراعاة الحال هنا تثبت بالقرائن والأمارات على أن المتعاقدين أو أحدهما هو من أهل العينة، فاقتضى ذلك الحكم بالمنع مراعاة للمآل، وقد قال القرافي رحمه الله: «يُتَّهَمُ أَهْلُ العِينَة فيما لا يُتَّهَمُ فيه غيرهم لعادتهم بالمكروه»[2]، لأن قصد المتبايعين هنا على نقيض قصد الشارع، لأن غايتهماالتوسل بالمشروع للوصول إلى القروض الممنوعة الآيلة إلى الربا.

1 – ينظر: الذخيرة، 5 / 18، والفروق للقرافي، 3 / 268، وحاشية الدسوقي، 3 / 76
2 – ينظر: الذخيرة، 5 / 16.

المسألة الثانية: من كان الغالب على حاله الإنكار، فالقول لطالبه كالظالم المعروف بالظلم

سئل ابن الفخار[1] عن نخاس[2] باع دابة ثم أنكر.

فأجاب: «يُمتحن أَمْرُه، فإن كان الغالب على حاله إنكار الناس، كان القول قولَ طالبه مع يمينه، كالرجل الظالم المعروف ظلمه للناس، يطالبه بحَقٍّ وذَكَرَ أنه ظَلَمَهُ، فقال أشهب: القول قول الطالب مع يمينه، وأرى أن يُدفَعَ من السُّوق، ويُمْنَعَ من التجارة فيه ويُنادى في الناس ألا يبايعوه»[3]..

وجه اعتبار المآل في النازلة:

تقوم مسألة ابن الفخار على منع المآل الضرري، فالأصل عند التنازع أن يدلي طرفاه كل واحد بدليله وحجته، إلا أن النظر المصلحي قضى أن التمسك بالأصل سيفضي إلى ضرر وضياع حق الطرف الآخر، من هنا اقتضى الأمر العدول عن الدليل، والنظر إلى حال النخاس، لأن الغالبَ على حال النخاسين الجَحْدُ والإنكارُ، و المعروفُ بالظلم والتعدي يُقْضَى عليه بمُجرَّدِ دعوى المدعي أنه غَصَبَهُ أو سَرَقَهُ[4]، وذلك مراعاةً للمآل، وهذا العُدُولُ يَستند على

1- هو أبو عبد الله محمد بن عمر بن يوسف البلنسي المالكي، المعروف بابن الفخار، توفي سنة: 419 هـ.تنظر ترجمته في: الصلة: 2 / 746.والديباج،2 / 185.

2- معناه يدفع العبيد إلى غيره ويشتريهم ليدفعهم إلى غيره قال أبو العباس النخاس أخذ من النخس وهو الدفع. ينظر: الزاهر في معاني كلمات الناس، لأبي بكر الأنباري،1 / 368.

3 - ينظر: المعيار المعرب، 6 / 222.

4 - ينظر: البهجة في شرح التحفة، 2 / 575.

العُرْف، والعُرْفُ يقضي أن النخاسين والحناطين[1] والبزازين[2] والزياتين العُرف فيهم النقصُ والجُحُود والتعدي [3].

ب - اعتبار المكان سدا للذريعة

اعتبار المكان في الفتوى هو كاعتبار الحال، ذلك أن اعتبار المكان لا يتخلف أبدا في عناصر بناء المفتي لفتواه لما له من تأثير في أحكام التكليف، إذ المكان قد يكون محددا لطبيعة المناط الذي يتعلق به حكم المفتي، وله تأثيره في ثبوته، ومن هنا تختلف أحكام البادية عن الحضر، بل وتختلف أحكام المكان الواحد باختلاف الأحوال، لذلك فالعمل بسد الذرائع قد يرتبط في بعض توظيفاته بالمكان منعا للمآل الضرري وحسما لمادة الفساد.

مسألة البيع بمكيال مجهول

أجاب أبو عبد الله العقباني[4] عن معنى قولهم: لا يجوز البيع بمكيال مجهول.

البيع بمكيال مجهول يَمتنع في حَقِّ الحَضَرِي في حاضرته لوجود المكيال الذي نَصَبَهُ الإمامُ أو نَائِبُهُ في الأسواق، وكذلك البدوي في

1- جمع: حناط، والحناط من يمتهن بيع الحِنطة، ينظر: أساس البلاغة، 1 / 217، والصحاح، 3 / 1120.

2جمع بزاز، وهي نسبة إلى البز، وهو الثوب ينظر: القاموس المحيط، 2 / 164.

3 - انظر أيضا فتواه في من ادعى على حناط نقص الوزن، 6 / 222.ويمكن أن يمثل بهذه الفتوى للاستحسان بالعرف.

4- هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن قاسم بن سعيد العقباني التلمساني، توفي سنة:871هـ. تنظر ترجمته في: كفاية المحتاج، 2 / 183

باديته إذا تمالأ جميعُهم على نَصْب مكيال له قدرٌ يَعْلَمُونَهُ لِمَحْوْ الغَبْن بينهم بوجوده، وليس على الوارد من حاضرة على بادية أو من بادية على حاضرة أو مُجتاز عليها أن يَتَكَلَّفَ التَّعرف به كَأَهْلِهِ، لأن ذلك مَحَلُّ ضرورة تُوجِبُ اعتبارَ التقييد به، ويَمتنع في حق هؤلاء أن يأتي بمكيال معه إلى الموضع الذي يَرِدُ عليه من بادية أو حاضرة، وإن كان معلومَ القَدْر عنده لِيَكِيلَ به، لأن ذلك فيه إضرار بأهل الموضع المورود عليه وهو محظور، وتقليد كُلِّ بائع ومبتاع من القاطنين ببادية أو حاضرة لِمَا نَصَبَهُ الوالي أو جماعةُ المسلمين بما هو معلوم الأجزاء أو المحَل هو غاية المقدور، وإنما يَمْتَنِعُ التبايعُ بالمكيال المجهول إذا أتى الشخص بِقَصْعَةٍ أو آنِيَةٍ ليست معلومة النسبة من المكيال المعروف ويقول: بعني هذا بعشرة أو بكذا، إلا في مثل الخيط والتبن ونحوهما، فإن وقع في غير ذلك فسخ عند ابن القاسم وقال أشهب: لا يفسخ إن وقع[1].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

يظهر وجه اعتبار المآل في فتوى أبي عبد الله العقباني في الآتي:

ـ إذا تعامل الحضري في حاضرته أو البدوي في باديته فلا يجوز له أن يتعامل إلا بالمكيال المعلوم الذي وضعه إمام المسلمين، وهذا منعا للغبن الذي قد يقع، ومآل البيع إلى غرر.

ـ إذا تعامل الحضري في البادية أو البدوي في الحاضرة فليس شرطا

1- ينظر المعيار المعرب، 5 / 107.

أن يكون المكيال عنده معلوما، إذ قد عُلم عند أهله، وهو مقرر من طرف ولي الأمر، ويكفيه نصبه مكيالا، وهذا ترخيص توجبه الضرورة، ومن ثم يمنع في حق أحدهما إلزام أهل المكان الذي قصده بالشراء منه بالمكيال الذي يعلمه هو سدا لذريعة الغبن والغرر، ومنعا للإضرار بأهل الموضع، والضرر يزال، وهذه العلة هي التي عليها مدار الفتوى.

ـ البيع بالمكيال المجهول جِزَافٌ[1]، والبيع جزافا غَرَرٌ في الشرع ممنوع، هذا إذا كان موضع البيع فيه مكيال معلوم، لكن إذا لم يوجد المعلوم فقد أجازه الشرع توسعة ورخصة[2] وبشرط عدم القصد إليه كما قال الجد في بيانه[3]، وعلى هذا فالإمام العقباني سلك مسلك المنع باعتبار أن العدول عن المكيال إلى المجهول غرر[4]، فكان فسخ العقد أولى.

1- الجزاف: بضم الجيم وفتحها وكسرها، والكسر أفصح، من المجازفة أي المساهلة، قال ابن عرفة: «هو بيع ما يمكن علم قدره دونه»، أوهو بيع ما لم يعلم قدره على التفصيل، أي خرصا بلا كيل أو وزن أو ذرع أو عد. ينظر: شرح حدود ابن عرفة، 2 / 334، وحاشية الدسوقي، 3/ 20، ولسان العرب، 9 / 27 مادة جزف.

2- اشترط المالكية فيه شروطا سبعة: أن يكون المبيع مرئيا أي حاضرا لا غائبا عن مجلس العقد، و أن لا يكثر المبيع كثرة بليغة بحيث يتعذر حزره، وأن يجهل المتبايعان قدر المبيع من كيل أو وزن أو عدد، وأن يكون المتبايعان من أهل الحزر، وأن تستوي أرض المبيع من انخفاض وارتفاع، وأن يعد بمشقة.، وألا يشتريه مع مكيل. ينظر حاشية الخرشي على خليل، 5 / 28 وما بعدها.

3- ينظر: البيان والتحصيل، 7 / 401.

4- ينظر: مواهب الجليل للحطاب، 6 / 106.

ج – اعتبار الزمان سدا للذريعة

كما هو الشأن بالنسبة لاعتبار الحال والمكان وأثرهما في حكم المفتي على العمل بسد الذرائع، فإن للزمان كذلك أثره، وليس هنا المقصود القاعدة الفقهية المعروفة ب»تغير الأحكام بتغير الأزمان»، بل المقصود أن لطبيعة الواقع الذي يعشه المكلف أثر في النظر الفقهي، ومن هنا كان اشتراط فهم الواقع ومعرفة الواجب فيه أهم متضمنات الاجتهاد التنزيلي.

ومراعاة الزمان هي اعتبار الظروف المحتفة بالمكلفين، وما يحيط بهم من عوامل زمانية توجب تعامل المجتهد أو الحاكم معها بالنظر إلى ما يترتب عليها، فإما أن يكون لها تأثير في الحكم بالانتقال من الحرمة إلى الإباحة، أو الانتقال من الإباحة إلى المنع، وذلك كله احتياط من الحاكم أو المفتي للمكلفين من الوقوع في المشقة، أو الوقوع في الضرر، أو تفويت المصالح المعتبرة شرعا، مما ينافي الغاية التي من أجلها شرعت الأحكام إما إباحة أو تحريما.

إن المفتي أو المجتهد حين يتعامل مع النازلة المعروضة عليه أن يجب يعتبر في نظره طبيعة الزمان الذي وقعت فيه، فلا يقوم بالحكم فيها إلا بعد أن يكون قد حقق مناطها، ونظر في تعيين محل هذا المناط، واعتبر ما سينتج عن الحكم فيها.

مسألة ضم الصفقة من يد المشتري

قال الإمام الوزاني: «سئلت عمن ضم الصفقة من يد المشتري واتهمه بالزيادة في الثمن، فأنكره المشتري، فطلبه باليمين، فهل تجب عليه أم لا ؟

فأجبت بلزومها له، لأن البائع والمشتري كثيرا ما يتفقان باطنا أن الثمن مائة وخمسون مثلا إذا وقع الضم من يده، وإن لم يقع ضم من يده فالثمن مائة، فلا بد من يمينه على أن الثمن ظاهره كباطنه كما قالوا في الشفعة، لأن الصفقة مقيسة عليها كما قال:

وأُجْرِيَتْ مَسَائِلُ الشُّفْعَةِ في ذَا الْبَابِ إِذْ قِيَاسُهَا لاَ يَخْتَفِي

ففي نوازل الشفعة من المعيار آخر جواب للعلامة ابن مرزوق[1] ما نصه: «واليمين مع تحقق الدعوى متفق عليها، ومع التهمة مختلف فيها، والراجح عندي في هذا البيت اليمين مطلقا.

وقال بعد هذا نقلا عن الإمام القَوْري[2] ما نصه: «الذي جرت به الفتوى وجوب اليمين ولو حصل الدفع بمعاينة عدلين، هذا إذا اتهما أن يزيدا في الثمن فلا تنقلب تلك اليمين، لكثرة تحيل الناس، ولفساد الناس واستحقاقهم التهمة، صرح بذلك الشيخ اللخمي في مواضع من تبصرته وهو في المائة الخامسة، فكيف لو أدرك زماننا هذا، نعم

1- هو أبو عبد الله محمد بن أحمد العجيسي التلمساني الشهير بابن مرزوق الحفيد، توفي سنة:842 هـ. تنظر ترجمته في: كفاية المحتاج، 2 / 136

2- هو أبو عبد الله محمد بن قاسم بن محمد القَوْري المكناسي الفاسي، توفي سنة: 872هـ، ترجمته في: كفاية المحتاج، 2 / 184.

يستثنى من ذلك المبرز في العدالة، المنقطع في الصلاح والخير، واين هو اليوم؟ إنما هو في وقتنا كالغراب الأعصم، أي الذي في بعض ريشه بياض بين الغربان...»[1].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

تظهر ملامح اعتبار المآل في هذه النازلة في النظر إلى الغالب من إيقاع الناس لمثل هذه العقود، حيث إنها تتردد بين الصورة الظاهرة والقصد الباطن الذي هو مخالف لمقاصد الشريعة في المعاملات، ومعلوم ما يذهب إليه المالكية من اعتبار البواطن رغم خفائها، فكان وجوب اليمين ولزومها للمشتري، سواء تحققت الدعوى أو لم تتحقق[2]، والمدعى عليه منكر[3]، فوجبت اليمين عنده مطلقا لقيام التهمة وفساد الزمان على ما صرح كل إمام في زمنه، ففساد الزمان موجب للعمل بسد الذرائع نظرا إلى القصد الكثير.

وعلة لزوم اليمين عند الإمام الوزاني في اعتباره المآل، هو ما صرح به في خاتمة النازلة حين قال: «وقد نص الثاني منهما- أي الإمام القوريعلى أن الفتوى به في زمانه، لكن هنا دسيسة نشأت عن رقة

1- ينظر: النوازل الكبرى، 5 / 226 – 227.

2- قريب من هذا ما أورده الإمام ابن رشد الجد في البيان، فليراجع، 10 / 486، وفي بهجة التسولي، 2 / 209، وفتوى أخرى للإمام الوزاني، 5 / 228 في نفس السياق..

3– قال ابن عاصم رحمه الله في تحفة الحكام، ص: 1516.

والْمُدَّعَى فِيهِ لَهُ شــرْطَانِ   تَحَقُّقُ الدَّعْوَى مَعَ الْبَيَانِ
وَالْمــدَّعِي مُطَالَبٌ بِالْبَيِّنه   وَحَــالَةُ الْعُمُوم فِيهِ بَيِّنَــه
وَالْمُـــدَّعَى عَلَيْهِ بِالْيَمِينِ   فِي عَجْزِ مُدَّعٍ عَنِ التَّبْيِينِ

الديانة وإيثار الدنيا الخسيسة، وهي أن كثيرا من الناس يعمد إلى من يعلم أنه يتحرج عن الحلف فيما يتحقق براءة نفسه منه، فيدعي عليه ما يوجب يمينا في هذه النازلة ونحوها، ليتوصل بذلك إلى إبطال حق المدعى عليه بالكلية، أو يصطلح معه بشيء لأجل ذلك، وقد بلغنا في هذا الوقت عن غير واحد من الفجار نحو هذا، حتى إن بعضهم ليقنع بالصلح بنحو درهم على ادعائه نحو ثلاثمائة».

فالقصد إذن من هذا الاعتبار حفظ أموال الناس ومنع أكلها بالباطل بكل وسيلة، والقاعدة أن الوسيلة ساقطة بسقوط مقصدها، هذا في القصد المشروع، فكيف والقصد حرام؟

4- المنع من الفعل لتساوي الضرر بين طرفي العقد سدا للذريعة

إن ما هو مطلوب من المفتي أو الحاكم أو القاضي هو أن يحفظ المصالح أو يدرأ المفاسد، لكن قد يحدث أن يلفي الناظر نفسه أمام نازلة يتردد فيه الضرر بين طرفي الدعوى، بل إن الضرر الذي يلحق أحد المتعاقدين يتساوى مع الضرر الذي يلحق بالآخر، وهو لا يستطيع أن يوازن ويقرر أي الضررين أولى بالدفع، فإما أن يحكم لأحد المتعاقدين فيكون قد جلب مصلحته وأوقع الثاني في المفسدة، أو العكس، وإما أن يوقعهما معا في الضرر، فلا يسعه إذن إلا أن يمنع الطرفين من العقد كلية سدا لذريعة المآل الضرري الذي يتوقع وقوعهما فيه.

مسألة بيع الزَّرَاجين[1] المقامة على الأرض المكتراة

سئل الفقيه الشريف أبو محمد سيدي عبد النور العمراني[2] رحمه الله عن الزراجين المقامة على أرض مكتراة إلى مدة معلومة، هل يجوز بيعها على أن يقلعها المبتاع عند انقضاء المدة المكتراة لها، أو لا يجوز بيعها على ذلك لما يدخلها من الغرر؟ إذ المقصود منها ما تثمر ولا يعلم هل تثمر أم لا ؟ وهل يكون إثمارها قليلا أو كثيرا ؟

فأجاب رحمه الله بما نصه:

الحمد لله أكرمكم الله تعالى، ما ذكرتم من المسألة المرسومة فوق هذا، فالخلاف فيها جَارٍ على الخلاف في بَيْعِ النَّقضِ المُقَام على الأرض المستأجرة أو الأرض المُعَارَةِ سواء، فالمشهور فيها المنع، وروى أشهب عن مالك في أصل سماعه نحوه، وقال به أشهب وسحنون ومحمد بن المواز، وعليه استقر عمل القضاة، وجرت به أجوبة أهل الفتوى المعتبرين بالأندلس، وإن كان وقع لابن القاسم في أصل الأسدية جواز ذلك[3]، واعترضوه، وجرى عملهم بغيره، قال أبو الأصبغ القاضي ابن سهل: والصحيح والذي عليه العمل ما ذهب إليه أشهب وسحنون، وما احتال به المتأخرون من ابتياعه

1- الزَّراجين جمع زَرَجُون بفتحتين وهو شجر العنب وقيل قَضْبانُه، انظر: لسان العرب 13 / 196، والمخصص لابن سيده، 3 / 188، والمغرب في ترتيب المعرب، للمطرزي، 1 / 362.

2لم أجد له في كتب التراجم التي بحثت فيها ذكرا بهذا الإسم، وكلها توافقت على أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد النور العمراني، كان بالحياة سنة: 726 هـ. انظر ترجمته في: الديباج المذهب،2 / 263، وشجرة النور، 1 / 206.

3- ينظر: نظر: المدونة، 4 / 192، والذخيرة للقرافي،7 / 295،

بشرط القلع غير سالم من الاعتراض، إذ لرب البقعة أخذ النقض بقيمته مقلوعا ومنع مشتريه من قلعه إلا أن يباع من دين لحق صاحب النقض فيجوز حينئذ لضرورة الدين وشبهه، وأما على الاختيار فلا يجوز، قالوا كلهم للغرر، لأن رب الأرض عليه بالخيار أن يعطيه قيمة ما اشترى مقلوعا ويقره في أرضه، فلا يدرى ما اشترى هل النقض أم القيمة وهي مجهولة؟

قال أشهب: وهو يشبه الشريك في العبد يبيع حصته من العبد بعد عتق شريكه حصته، فمسألتكم في بيع دوالي العنب المغروسة في الأرض المكتراة مثل ذلك سواء، الغرر[1] المذكور فيها قائم بلا شك لتخيير رب الأرض على المشتري كما ذكرنا، ولا يخرج عن ذلك اشتراط القلع، إذ لرب الأرض منعه من قلعها وإبقاؤها، ويدفع له قيمتها، وفي هذه زيادة في الغرر لأنه على أية حالة تكون عند الأجل، فهي أعظم غررا، أو القيمة تختلف باختلاف حالها حينئذ، فما في مسألة النقض من المنع يجري في هذه بلا إشكال لما عللوها به من الغرر المذكور، لا إلى ما أشرتم إليه من كون المقصود شراء ما يكون من الثمرة فيها الذي يفضي إلى بيع الثمار قبل طلوعها في الأصول، فإن التعليل بذلك باطل، إذ لو قدر سلامة العقد المذكور من الغرر الذي قررنا لكانت الثمرة تنشأ في الأصول على ملكه كما كانت تنشأ للغارس لها على ملكه، ولا اعتبار بالمال، إذ المال في حق كل واحد منهما غير

1- الغرر لغة: الخطر، واصطلاحا، عرفه القرافي بقوله: « هو القابل للحصول وعدمه قبولا متقاربا، وإن كان معلوما »، الذخيرة، 4 / 355.

معلوم لدوران كل واحد منهما بين أن يقلع أو يقوم عليه رب الأرض أو يجدد له الكراء ثانية في الأرض، وقد يشتري الأرض مالكها ويبقى الأصول فيها، فلو اعتبر ما أشرتم إليه في المشترى لاعتبر في المكترى الغارس، إذ لا فرق بينهما في المعنى، وإنما يفترقان في أمور طردية لا حظ لها في الاعتبار، وبالله تعالى التوفيق»[1].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

يتأسس النظر في هذه النازلة على أساس النظر إلى ما يؤول إليه القول بجواز بيع الزراجين التي في الأرض المكتراة إلى مدة معلومة، ذلك أن القول بالجواز مآله إلى إيقاع المشتري في الغرر، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، فاقتضى النظر المآلي إعمال قاعدة سد الذرائع حفظا للمصلحة،ذلك أن هذا البيع المضاف هنا قد ينتج عنه زوال مصلحة أحد المتعاقدين ورضاه بالعقد، وهذا هو المناط الذي تعلقت به هذه الفتوى، فإذا كان صاحب الأرض مخيرا بين أن يعطي المبتاع قيمة النقض مقلوعا، وبين إقراره في الأرض فإن ذلك يؤول إلى الإضرار، فلا تعرف الحال التي تكون عليها الزراجين عند حلول الأجل فيكون فيها إضرارا بالمبتاع، ولا تعرف القيمة التي تستحقها حين الأجل، فيكون في ذلك غرر إما أن يقع على المبتاع وإما على صاحب الأرض.

فقد قامت الفتوى على القول بالذرائع بالنظر إلى نتيجة التصرف لا إلى نية المتعاقدين، فعُلم بذلك أن المناط في الذرائع لا يتعلق دائما

1- ينظر: المعيار المعرب، 5 / 2627.

بنية المكلف وقصد خفي أو عُلم، وإنما قد يكون الحكم للنتيجة.

5- المنع من الإضرار بدعوى استعمال الحق سدا للذريعة:

ترجع هذه النقطة إلى ما تم التطرق إليه حين الحديث عن نظرية التعسف في استعمال الحق وعلاقتها بمبدأ اعتبار المآل، وقد سبق أن بين البحث أن مبنى نظرية التعسف في استعمال الحق هو على النظر في المآلات وحسم مادة الفساد، وهذا لا يتأتى إلا بإعمال قاعدة سد الذرائع لمنع كل ضرر قد ينتج عن ممارسة الإنسان لحق مأذون فيه من الشرع، سواء نتج هذا الضررعن وعي صاحب الحق بوقوعه أم عن عدم وعي منه، وسواء كان قاصدا إلى الضرر أم نتج هذا الضرر عن ممارسة خاطئة للحق.

المسألة الأولى: مسألة ارتفاق

سئل الإمام أبو الضياء مصباح[1] في مسائل ثلاث من بينها مسألة عن طريق عام لجميع المسلمين يمرون عليها بما يحتاجون إليه من دواب وغيرها، إلا أنه ليس بطريق تسرح عليه المواشي في الغدو والرواح للراعي، ونفذت هذه الطريق في أرض لرجل وبإزاء الطريق أرض لرجل آخر فأراد البناء في أرضه، ويتخذ الطريق المذكور مسرحا لماشيته للراعي في الغدو والرواح، فمنعه صاحب الأرض الذي نفذ الطريق في أرضه من المرور عليه بالماشية فهل له منعه من ذلك أم لا ؟

---

1 - هو أبو الضياء مصباح بن عبد الله اليالصوتي الفاسي، سميت بالمدرسة المصباحية باسمه، توفي سنة 750 هـ. انظر ترجمته في: كفاية المحتاج، 2 / 246، وتوشيح الديباج، ص: 258.

فكان جواب الشيخ: «أنه ليس لصاحب الأرض المذكورة منعُ من أراد أن يحدث في الطريق المذكورة مسرحا لماشيته، ويمنع هو من الضرر بصاحب الأرض، ويومر أن يمر بماشيته على وجه لا يضر إما أن يمر بها مكممة أو واحدة واحدة، أو الزرب على جانبي الطريق إن انكف ضرره بذلك»[1].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

إن الشيخ أبا الضياء رحمه الله ارتباطا بحكمة التشريع لم ينظر إلى الفعل في حد ذاته، بل نظر إلى ما ترتب على مآله من مصلحة أو مفسدة، وبالنظر إلى معايير التعسف في استعمال الحق فإنها متوفرة، فرغم أن الباعث على الفعل غير سيء ولا ممنوع، وهو حق الفاعل، فإن استعمال هذا الحق قد ترتب عنه ضرر، فمنع صاحب الأرض الراعي من المرور إضرار به لا مبرر له إلا أنه أراد مصلحة لنفسه، من غير اعتبار لمصلحة الجانب الثاني، وهي مصلحة خاصة، لكن المفسدة اللازمة عن إدراكها واللاحقة بالغير أرجح من المصلحة، ولا عبرة بالمرجوح.

ومن هنا فإن الحق الفردي في الشريعة الإسلامية ليس على إطلاقه، ما دام حق الغير مرتبطا به،ويدخل في هذا قصة محمد بن مسلمة رضي الله عنه مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإجراء الماء في أرضه لمصلحة جاره[2].

1 – ينظر: المعيار المعرب: 5 / 151–150.

2 – رواه مالك في الموطأ، في كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق الحديث رقم 33. وهذا

سئل مالك عن رجل له داران وهما في رحبة وأهل الطريق ربما ارتفقوا بذلك الفناء إذا ضاق الطريق على الأحمال وما أشبهها، فدخلوا فيه، فأراد أن يجعل عليه نجافاً [1] وباباً حتى تكون الرحبة له فناء ولم يكن على الرحبة بَابٌ ولا نِجَافٌ قال ليس ذلك له، قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إنه ليس له أن يجعل على الرحبة نجافاً وباباً ليختص بمنفعتها، ويقطع ما للناس من الحق في الارتفاق بها، لأن الأفنية لا تتحجر، إنما لأربابها الانتفاع بها، وكراؤها فيما لا يضيقها على المارة فيه من الناس، ولا يضر بهم»[2].

هذا جانب، أما الجانب الثاني، فهو ما ترتب على القول بمنع صاحب الأرض من قطع أرضه، فكما حكم المفتي عليه بذلك منعا للتعسف في استعمال الحق، حكم على صاحب الماشية أن يعمل ما في وسعه كي لا يترتب على ممارسته حقه الذي أعطي ضرر لصاحب الأرض عملا بقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[3].

يعد من أحكام الارتفاق في الفقه الإسلامي، وهو في الشرع: إعطاء الجار منافع العقار. ينظر: العقد المنظم للحكام، 2 / 129.

1- ما بني ناتئاً فوق الباب مشرفاً عليه كنجاف الغار وهو صخرة ناتئة تشرف عليه.ينظر: أساس البلاغة، 2 / 252.

2 – ينظر: البيان والتحصيل، 9 / 330.

3- رواه مالك في الموطأ مرسلا، عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه، فأسقط أبا سعيد الخدري، وله طرق تقويه، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الصلح، باب: لا ضرر ولا ضرار، 11717، والدارقطني في سننه، في كتاب البيوع، الحديث: 288، وابن ماجه عن عبادة بن الصامت، في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، الحديث: 2341، وأحمد عن ابن عباس، الحديث 2865.

المسألة الثانية: مسألة في التسعير[1]

سئل القاضي أبو عمرو ابن منظور[2] بما نصه:

«الحمد لله، لسيادتكم الفضلُ في الجواب على قضية، هي المُتَمَعِّشون بالخدمة في الفَحْصِ بعمل المقاثي وخدمة الكروم وضُروب الأشجار، يقومون على ذلك كله بالعمل الذي لا يتم فائدها إلا به من أول أوان الخدمة أكتبر أو ينير[3] إلى وقت جَنَا الفائدة في أملاكهم وأملاك مكتراة بيدهم أو مساقاة عندهم، فإذا نَضَجَ ما حملته تلك الشجرات، وحَلَّ وقت جنا المقاثي وأشباهها، جَمع ما تيسر له جمعه مُيَاوَمةً، وأدخله سوق المسلمين يَتَكَيَّسُ في بيعها من الناس بما يتراضى به المبتاع، فأراد صاحب السوق أن يُسَعِّر عليه سلعه التي استفادها لنفسه أو جَلَبَها، ويُخْرِجَ له القيمة من رأسه ولا يُعتبر بالقيمة التي يبرزها السوق مكايسة على حسب ما قدره قابض الرزق وباسطه لا إله إلا هو، ويجعل حكم من ذكر في التسعير عليهم كمثل الذي يدخل سلعة في الأطعمة والفواكه والخضر والعصير والجبن والزيت والسمن يبيعها من الباعة في السوق المنتصبين لبيع ذلك من الناس، هؤلاء الباعة يشترون من الجلاب ومن أصحاب الفوائد من غير سعر

1- التسعير: في الاصطلاح الفقهي: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه، وفيما يلي بعض تعريفاتهم: قال الباجي: هو أن يحدد لأهل السوق سعرا ليبيعوا عليه فلا يتجاوزونه «، انظر المنتقى، 5 / 18. وقال ابن عرفة: « تَحْدِيدُ حَاكِمِ السُّوقِ لِبَائِعِ الْمَأْكُولِ فِيهِ قَدْرًا لِلْمَبِيعِ بِدِرْهَمٍ مَعْلُومٍ، حدود ابن عرفة1 / 345،

2 – هو القاضي أبو عمرو عثمان بن محمد بن منظور القيسي، من أهل مالقة توفي عام 735 هـ. ترجمته في تاريخ قضاة الأندلس للنباهي، ص: 147.

3 – يقصد السائل شهر أكتوبر و يناير بالتقويم الإفرنجي.

فيسعر عليهم صاحب السوق بعدما يعرف واجب ما اشتروا، ولا يدعهم يتشططون على الناس في الأرباح، وعلى جرى العمل قديما على هذا.

فهل الباعة في السوق منتصبون به للشراء والبيع من الناس، مثل الجالسين وأصحاب الفوائد المتمعشين في حكم التسعير؟ أو ليسوا كذلك ويكون اعتراض المحتسب للتسعير على الجالب من الظلم الذي لا يحل له والمنكر الذي يجب القيام بتغييره والنهي عنه، بينوا لنا ذلك بمقتضى الشرع العزيز أبقاكم الله حجة لإيضاح الحق وتبيينه، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته».

فأجاب رحمه الله بعد الديباجة:

«...والذي ظهر لي من الجواب هو ما نص عليه القاضي الإمام ابن رشد رحمه الله، أن جالب السلع لا خلاف أنه لا يسعر عليه شيء مما جَلَبَ للبيع، وإنما يقال لمن اشترى منهم وباع بأعلى ما يبيع به عامة من يجلب: بع بما تبيع به العامة، أو ارتفع من السوق كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بحاطب بن أبي بلتعة، إذ مر به وهو يبيع زبيبا له في السوق، فقال له: إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا[1]، لأنه كان يبيع بالدرهم أقل مما كان يبيع به أهل السوق، فعلى هذا فهؤلاء الذين يجلبون من أملاكهم مثل ما ذكر أعلاه لا يسعر عليهم، وأكثر ما ينظر فيه صاحب أحكام السوق إذا رأى شططا كما فعل عمر

1 - موطأ الإمام مالك، كتاب البيوع، باب الحكرة والتربص، الحديث رقم: 1899

رضي الله عنه، وكذلك، إذا رأى فسادا في السلعة ودخول ضرر ببقائها، يحكم بما يرفع الضرر عن المسلمين.

وأهل الحوانيت والأسواق الذين يشترون من الجلاب وغيرهم جملا ويبيعون ذلك على أيديهم قيل: هم كالجلاب، الحكم واحد في كل ما مضى لا فرق، وقيل إنهم بخلاف الجلاب، لا يتركون على البيع باختيارهم إذا غلبوا على الناس، وأن على صاحب السوق أن يعرف ما اشتروا ويجعل لهم من الربح ما يشبه، وينهى عن الزيادة ويتفقد السوق فيمنع من الزيادة على ما حد ومن خالف أمره عوقب بما يراه من الأدب أو الإخراج من السوق إن كان البائع معتادا لذلك مستترا به، وهو قول مالك في سماع أشهب، وإليه ذهب ابن حبيب، وقاله من السلف جماعة، ولا يجوز عند واحد من العلماء أن يقول لهم: بيعوا بكذا وكذا ربحتم أو خسرتم، من غير نظر إلى ما يشترون به، ولا أن يقول لهم فيما اشتروه: لا تبيعوه إلا بكذا وكذا، مما هو مثل الثمن الذي اشتروا به أو أقل، وإذا ضرب لهم الربح على قدر ما يشترون فلا يتركهم أن يغلوا في الشراء، ولو لم يزيدوا في الربح، إذ قد يفعلون ذلك لأمر ما مما يكون نتيجته ما فيه ضرر. اه.[1]

1 – ينظر: المعيار المعرب، للونشريسي، 5 / 83 – 84، وانظر كتاب البيان والتحصيل والشرح والتعليل في مسائل المستخرجة، 9 / 313 – 315.

وجه اعتبار المآل في النازلة:

هذه الفتوى تضمنت نقلا لقولين:

- الأول: أخذ بأصل أنه لا يسعر على الجالب ولا على من يشتري منه.

- الثاني: أخذ بالتسعير على من يشتري من الجلاب دونهم.

وكلا القولين أخذ بمبدأ الذرائع، وسعى إلى درء الضرر، فالقول الأول باعتبار أن التراضي شرط بين البائع والمشتري، وهذا الرضى ينتفي بفرض سعر محدد، وهذا إكراه للبائع مآله أن المشتري يأكل مال البائع بالباطل، وقد علم في أصل الشرع أن أكل أموال الناس بالباطل حرام، وكل وسيلة تؤدي إليه حرام كذلك.

وإذا كان لولي الأمر دخل في التسعير، فهو من باب رفع الضرر عن المسلمين إذا رأى شططا، كما جاء في نص الفتوى.

أما القول الثاني، فينطلق من الصبغة الوقائية لمبدأ مراعاة المآل عموما وسد الذرائع خصوصا، وذلك من باب تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، فقد يقصد أهل الحوانيت والأسواق الذين يشترون من الجلاب أمرا يكون نتيجته ما فيه ضرر، والمستند هنا هو أن التسعير فيه رعاية مصلحتين: دفع الضرر عن الناس بمنع تعدي التجار في الأسعار تعديا فاحشا، ورعاية حق الفرد بإعطائه ثمن المثل.

قال الباجي رحمه الله: «وَوَجْهُهُ - أي التسعير - ما يجب من النظر في المصالح العامة، والمنعِ من إغلاء السعر عليهم والإفساد عليهم،

وليس يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون بغير السعر الذي يحدده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، لا يمنع البائع ربحا، ولا يسوغ له ما يضر الناس» [1].

والتفريق بين الجالب وغيره في التسعير هو ما عليه المالكية، وهو ما نقله ابن رشد الجد في البيان اتفاقا من غير تفصيل، وتعليل هذا التفصيل نجده في كلام للباجي في المنتقى إذ يقول: « وجه ما في كتاب محمد: أن الجالب يسامح ويستدام أمره ليكثر ما يجلبه، مع أن ما يجلبه ليس من أقوات البلد، وهو يدخل الرفق عليهم بما يجلبه، فربما أدى التحجير عليه إلى قطع الميرة، والبائع بالبلد إنما يبيع أقواتهم المختصة بهم، ولا يقدر على العدول عنهم في الأغلب، ولهذا فرقنا بينهما في الحُكرة وقت الضرورة، ووجه ما قاله ابن حبيب: أن هذا بائع في السوق، فلم يكن له أن يحط عن سعره، لأن ذلك مفسد لسعر الناس كأهل البلد، قال: فأما جالب القمح والشعير، فقال ابن حبيب: يبيع كيف شاء، إلا أن لهم في أنفسهم حكم أهل السوق، وإن أرخص بعضهم تركوا إن قل من حط السعر، وإن كثر المرخصون، قيل لمن بقي: إما أن تبيع كبيعهم وإما أن ترفع »[2].

فيُفهم بهذا أن فقهاء المالكية باختلاف أنظارهم راعوا في ذلك أكثر من مآل:

1 – ينظر: المنتقى للباجي، 5 / 18، وانظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 132.
2 – ينظر: المنتقى، 5 / 18 – 19، وانظر الاستذكار لابن عبد البر، 6 / 411.

- الأول: السماح للجالب بالبيع دون تسعير عليه، لما في ذلك من توسيع على الناس، والتسعير على الجالب فيه تضييق عليهم لأن ذلك يفضي إلى قطع الميرة عنهم

- الثاني: مراعاة حق الجالب لأن التسعير عليه فيه حرج، ومبدأ الشريعة وأسها رفع الحرج.

- الثالث: مراعاة المصلحة العامة بالتسعير على البائع في السوق منعا للمآل الفاسد، حتى ولو لم يقصده البائع، وهذا منع للتعسف في استعمال الحق الذي تؤدي ممارسته إلى الإضرار بالعامة، وهو الأرجح على اعتبار أنه إذا تعارضت مصلحتان رجحت أعظمهما، والمصلحة العامة هنا أرجح، فإنه يدفع الضرر العام ولو بإثبات الضرر الخاص.

وخلاصة هذا كله يجملها الشاطبي رحمه الله في كلمات يسيرة فيقول: «إن أمكن انجبار الاضرار ورفعه جملة فاعتبار الضرر العام أولى، فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة...»[1].

6 - دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح سدا للذريعة

يتعلق هذا المنحى من إعمال الذرائع بقاعدة تعارض المصالح والمفاسد، وهذه القاعدة مردها إلى فقه الموازنات الذي هو أحد الأسس التي يقوم عليها فقه التنزيل عموما ومبدأ اعتبار المآل

1 - ينظر: الموافقات: 3 / 57.

خصوصا، ومرد ذلك إلى تحصيل المقاصد وتقريرها بدفع المفاسد أو بحصول الحد الأدنى من تخفيف آثارها.

المسألة الأولى: بيع مواريث أيام الثورات

سئل بعض فقهاء الأندلس عما باعه أصحاب المواريث في أيام الثوار، هل هو ماض أم لا؟

فأجاب أصبغ بن محمد وابن رشد، وأبو الوليد هشام بن وضاح[1] وأبو محمد بن أبي جعفر[2] بنفوذه وإمضائه إذا لم يكن فيه غبن، قال: وقد ولي عمر بن عبد العزيز بعدما كان من قبله، وكانوا على ما كانوا عليه، فلم يرد لهم فعلا، ولا نقض لهم فعلا.

قال البرزلي: «والبحث في هذا يؤدي إلى تضييع كثير من أموال الرعية... والذي يليق به، كل ما بيع من بيت المال، أو باع العمال من أموالهم، أو ما ولوا عليه فالصواب أن لا يُتعرض له ولا يُنظر فيه وإن كانوا غير عدول، لأن في ذلك فتح باب يعسر سده لكثرة هذا الواقع...»[3].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

يبني أئمتنا رحمهم الله فتواهم هاته على أساس النظر إلى المآل واعتباره، ذلك أن المسألة ذات وجهين:

1- هو أبو الوليد هشام بن أحمد بن وضاح المرسي، توفي سنة:469 هـ. ترجمته في: الصلة: 938.وشجرة النور، 1 / 133.

2- هو أبو محمد عبد الله بن أبى جعفر محمد بن عبد الله بن أحمد الخشني المرسي، توفي سنة:520هـ هـ.تنظر ترجمته في: الصلة: 2 / 446.

3 – ينظر: النوازل الكبرى للوزاني، 5 / 150.

- أولهما: أن تترك تلك الأموال التي أخذت أو بيعت على ما استقر عليه الأمر والحال والواقع حفاظا على المصلحة القائمة المتمثلة في الأمن والاستقرار.

- ثانيهما: أن يسعى ولي الأمر إلى استرجاع تلك الأموال، وقد تكون فاتت ببيع أو بهبة أو وصية أو بإرث.

فها هنا مآلان متعارضان، ذلك أن تتبع تلك الأموال والجهد في استرجاعها يستوجب أن تهلك في سبيله أموال أخرى،وصحيح أن استرجاع تلك الأموال هو مصلحة، لكن مآل السعي إلى ذلك يؤدي إلى إتلاف أموال أكبر، وإيقاظ ضغائن وفتن نائمة، فينقلب الأمر فسادا فإذا ما حُصِّلت تلك الأموال حصلت المصلحة المرجوة، لكنها مصلحة اختلطت بمفسدة فكان الأولى دفع المفسدة، لأن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح[1]، وهو الصواب الأسد في حق العامة والخاصة،»وإن كان الصحيح تعقب أفعال قضاة الجور والعمال الظلمة»[2].

المسألة الثانية: في وكالة مفوضة

قال الشيخ المهدي الوزاني:«سئلت عمن وكل وكالة مفوضة، وللموكل الثلثان في دار مشتركة مع أخته بالثلث الباقي، فذهب هذا الوكيل وباع للأخت نصف الثلثين وثبت بأرباب البصر أن هذا البيع فيه غبن فاحش، ولم يرض الموكل بذلك

1 - ينظر: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، القاعدة: 37، ص: 91

2 - ينظر: التاج والإكليل، 4 / 469.

فأجبت: «الحمد لله، حيث باع الوكيل البعض من الدار فقط كان بيعه مردودا لأنه معزول عن غير المصلحة كما هو مقرر معلوم لا يحتاج إلى استدلال عليه، وفي قول التحفة:«وليس يمضي غير ما فيه نظر»[1].

وإنما كان هذا البيع مفسدة وليس بمصلحة لأمرين:

– أحدهما: التبعيض، إذ بيع الجميع صفقة هو أولى من بيع البعض فقط لاستغزار الثمن ببيع الكل ونقصه ببيع البعض.

– ثانيهما: بتقدير أن بيع هذا البعض الآن مصلحة، ففيه في المستقبل مفسدة لإبطال صفقة الموكل إن أراد البيع بعد ذلك، فيكسد له هذا البعض الباقي، ولا يجد من يشتريه منه بالثمن المعتاد، فما كان من حق الوكيل أن يفعل ما فيه مفسدة وهو بيع البعض، ويترك ما فيه مصلحة وهو بيع الكل صفقة، بل لو باع حصة الموكل بأجمعها ولم يبع الكل صفقة لكان بيعه مردودا»[2].

وجه مراعاة المآل في هذه النازلة

هو ترجيح المفسدة المتوقعة على المصلحة القائمة، وهذا عملا بقاعدة أن: المتوقع كالواقع[3]، ذلك أن ما كان متوقع الحدوث، ويغلب على الظن حدوثه أو زواله، فإنه يعطى حكم الموجود،

1 – ينظر: البهجة في شرح التحفة، 1 / 327، وشرح ميارة على التحفة، 1 / 209.

2 – ينظر: النوازل الكبرى، 5 / 378 – 379، وانظر زيادة تفصيل المسألة فيما يلي من الصفحات.

3 – ينظر: الأشباه والنظائر لتاج الدين بن السبكي، 1 / 113، والأشباه والنظائر للسيوطي، ص: 178.

والمتوقع هنا هو الضرر الذي سيدخله الوكيل على الموكل من وراء تبعيض الصفقة، رغم المصلحة الظاهرة ابتداء من البيع، وعلى اعتبار أن هذه المصلحة القائمة لا تساوي المفسدة المتوقعة كان منع الوكيل من تصرفه هو الواجب، على اعتبار أن الضرر في المآل ينزل منزلة الضرر في الحال[1]، ومن هنا فتصرف الوكيل يفسخ ولا يمضى، لأنه ضرر على الموكل بنقص ثمن حصته عن الكل فأحرى حيث باع بعضها فقط هنا[2]، ولأن القاعدة تقول: «كل من ناب عن غيره فلا يمضي من فعله إلا ما كان سدادا»[3].

7 – ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب سدا للذريعة:

هذه القاعدة من أهم القواعد الفقهي التي يعمل بها الفقهاء، ولها عدة صيغ كلها تدل على معنى واحد، وقد قرروا أن ما توقف عليه تحصيل الواجب فهو واجب شرعا، اعتبارا لما يقتضيه هذا الواجب من جلب مصلحة أو درء مفسدة، وهي التي سماها الدكتور السنوسي بالاقتضاء المقدمي[4]، قاصدا به مطلق ما يتوقف إيجاد المطلوب الشرعي على إيجاده وتحصيله في الإطلاق الأصولي بالواجب والحرام، وهو ما يعني أن هذه القاعدة ما هي إلا تجسيد لقاعدة ارتباط الوسائل بالمقاصد.

1 – ينظر: شرح الزركشي على الخرقي، 2 / 193.
2 – ينظر: النوازل الكبرى، 5 / 380.
3 – ينظر: شرح الشيخ ميارة على التحفة، 2 / 103 و 3 / 3.
4- ينظر: اعتبار المآلات، ص: 230.

يقول الإمام القرافي رحمه الله حين قال في فروقه: «اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره وتندب وتباح فإن الذريعة هي الوسيلة فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج وموارد الأحكام على قسمين مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها ووسائل وهي الطرق المفضية إليها وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل وإلى ما يتوسط متوسطة»[1].

وهذه القاعدة أكثر ما تستعمل بفتح الذرائع خاصة عند الباحثين المعاصرين، والمقصود بفتح الذرائع هو: «طلب تحصيل الوسائل المؤدية إلى المصالح»[2]، أو«إباحة الأمر ممنوع تحصيلا لأمر مطلوب»[3]، فهم يتفقون على دلالة هذه القاعدة على معنى فتح الذريعة الذي هو أمر معتبر في الجملة يوجب أحيانا مخالفة القياس كما يُخالف حال العمل بالاستحسان والعمل كذلك بقاعدة سد الذرائع. وإذا كان هذا هو المعنى، فما وجه اختصاصه بفتح الذرائع كمصطلح قائم بذاته؟

1- ينظر: الفروق، 2 / 61.

2- ينظر: الوسائل وأحكامها في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد الله التهامي، مجلة البيان، العددان: 105 – 106، سنة: 1417 هـ1996.

3- ينظر: دراسات في أصول الفقه الإسلامي، للدكتور خليفة بابكر، ص: 101.

فاستعمالات الأصوليين القدامى لهذه القاعدة تمت ضمن إطارات مختلفة لا تنحصر فقط في المعنى المخصص الذي ذهب إليه المعاصرون، فنجدهم يناقشون هذه القاعدة ضمن إطار الفرق بين ما لا يتم الوجوب إلا به وما لا يتم الواجب إلا به[1]، أو عند تعرضهم لمقدمات الواجب ولعلاقة أقسام الحكم التكليفي بأقسام الحكم الوضعي، والمقصود السبب والشرط والمانع[2] ولهم في المسألة تفريعات كثيرة لا يهم البحث منها إلا ما له ارتباط بسد الذريعة واعتبار المآل على وجه الإجمال، وليس هنا معرض التفصيل في معنى الواجب وتعلق الأسباب والشروط والموانع به، وأنواع المقدمات أهي عقلية أم شرعية أم عادية.

إن قاعدة «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب» ليست أَوْلىَ في الاستعمال في الفتح من استعمالها في السد، على اعتبار أن كل وسيلة لا يُمنع الضرر إلا بها فإنها تصبح واجبة ومتعينة، ضمن إطار العمل بفقه الموازنات بين المصالح والمفاسد، وسعيا إلى جلب مصلحة المكلف ودرء المفسدة عنه، وعملا بمبدأ الاحتياط الذي هو أساس العمل بسد الذرائع.

1- ينظر: التحرير شرح التحبير للمرداوي، 2 / 923، والمختصر في أصول الفقه للبعلي، ص:62، وشرح الكوكب المنير لابن النجار، 1 / 357، وإجابة السائل شرح بغية الآمل للصنعاني، 1 / 286، وشرح تنقيح الفصول للقرافي، ص:128، والبحر المحيط للزركشي، 1 / 179.

2- ينظر: البحر المحيط، 1 / 181و206 وما بعدها، والإبهاج شرح المنهاج، للسبكي، 1 / 103، والتحبير للمرداوي، 2 / 738، ورفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب لابن السبكي، ص:528.

فقد تقرر في أصل الشرع أن وسيلة الواجب واجبة، فما يتوقف عليه وجود الواجب عقلا أو شرعا فهو واجب، وأن وسيلة المحرم محرمة أيضا، قال ابن القيم: « لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها؛ كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرَّمات، والمعاصي في كراهتها، والمنع منها، بحسب إفضائها إلى غاياتها، وارتباطها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل»[1].

وبما أن سد الذريعة مسيس الصلة بمبدأ الاحتياط الفقهي، فإن هذه القاعدة تخدم هذا المسلك الشرعي في النظر في أفعال المكلفين وتنزيل أحكام الشريعة على تصرفاتهم وواقعهم، والذي خَلُصَ إليه البحث أن علاقة هذه القاعدة بسد الذريعة تُتَصور في صورتين:

ـ **الصورة الأولى**: درء المفسدة الغالبة، ذلك أن الاحتياط لا ينظر فيه إلى المنع من الجائز حذرا من الوقوع في الممنوع فقط، ولكن ينظر فيه أيضا إلى جلب المصلحة الراجحة[2]، فتصبح بذلك قاعدة «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب» متعينة في درء المفسدة دون اعتبار لما قد ينتج عن إعمالها من ضرر تغليبا لتجنب أكبر الضررين، وذلك»لأن للمفاسد سريانا وتوسعا كالوباء والحريق، فمن الحكمة

1- ينظر: إعلام الموقعين، 3 / 135.

2- ينظر: درء المفسدة في الشريعة الإسلامية، لمحمد الحسن مصطفى البغا، ص: 270.

والحزم القضاء عليها في مهدها، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها»[1]، وعلى هذا فكل ما يمكن المفتي أو المكلف في نفسه من درء المفسدة فإنه يصبح واجبا في حقه، وذلك بالنظر إلى أن «عناية صاحب الشرع والعقلاء بدرء المفاسد أشد من عنايتهم بتحصيل المصالح»[2]، واتساقا مع المقصود العام للشارع في واقع التنزيل.

ـ **الصورة الثانية:** تغليب جهة الحظر على الإباحة، احتياطا من الوقوع في الممنوع وذلك عند اجتماع الحلال والحرام في أمر واحد، وتعليل ذلك أن الفعل إن كان حراما كان ارتكابه ضررا وإن كان مباحا فلا ضرر في تركه ولا بأس[3]، وبذلك فعند تعذر ترك الممنوع إلا بترك مباح معه فالواجب ترك هذا المباح تغليبا لجانب الاحتياط، لأن ترك الحرام واجب وما يترك به الحرام واجب كذلك، فيتقرر بناء على هذا أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

المسألة الأولى: التعامل بالدراهم المغشوشة

قال البرزلي: نزلت مسألة وهي: أن الدراهم المحمول عليها النحاس كَثُرَت جداً، وشاعت في بلاد أفريقية جديدةً وغيرَها، واصطلح الناس عليها حتى مُنِعَ رَدُّ الصَّرف فيها لكثرة الغِشِّ وتفاوُتِهِ في أعيان الدراهم، فكُلِّم في ذلك الفقيه ابن عرفة أن يتسبب في قَطْعِهَا،

1- ينظر: المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا، 2 / 985.
2- ينظر: الفروق، 2 / 307 والذخيرة، 1 / 288.
3- ينظر: التقرير والتحبير لابن أمير الحاج، 3 / 28.

فكَلَّمَ في ذلك السلطان، فكان في عام سبعين وسبعمائة، فَهَمَّ بقطعها فبعث إليه الشيخ الفقيه أبو القاسم الغبريني[1] وكان المُتَعَيِّنَ للفتوى حينئذ، وذكر له مسألة العُتبية، وأن العامة إذا اصطلحت على سِكَّةٍ وإن كانت مغشوشةً فلا تنقطع، لأن ذلك يؤدي إلى إتلاف رؤوس أموالهم، فتوقف الأمر نحو شَهْرٍ ثم جاءت دراهم كثيرة من ناحية بلاد هَوَّارَة نحاسا، فأمر بقطعها حيئذ ونادى منادي من قبله بهذا، ورجع المفتي إلى فتوى الإمام ابن عرفة ورأوا أن مسألة العتبية إنما هي إذا تَعَيَّنَتْ دراهمَ وأُلِفَت، وهذه الدراهم هي كل يوم يُزَاُد في غِشِّهَا، صار جُلُّهَا نُحَاساً، وكذا جرى في الذهب. اللخمي، كانت أَوَّلاً تُخْرَجُ كالطَّيِّبَةِ وأَلِفَهَا الناسُ، ثم كَثُرَ الضرب من الفسقة فيها وحمل عليها غش وصار يتفاوت غشه فأمر بقطعها لعدم ضبط غشها، وخوف ذَهَاُب رُؤُوسِ أَمْوَاِل النَّاس فَقُطِعَتْ وصارت سلعة من السلع[2].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

مضمون هذه النازلة يتضمن الآتي:

ـ **أولا**: شيوع التعامل بالدراهم المغشوشة في بلاد أفريقية، وسريان تعامل الناس بها، حتى صارت لديهم عرفا.

ـ **ثانيا**: أن الدراهم غلب فيها الغش إلى حد منع معه فيها الرد والصرف.

1- هو ابو القاسم أحمد بن أحمد بن أحمد الغبريني، مفتي تونس، توفي سنة: 772 هـ، ترجمته في: نيل الابتهاج ص: 104، وشجرة النور، 1 / 224.

2- ينظر: فتاوى البرزلي، 3 / 154، والمعيار المعرب، 6 / 7475.

ـ **ثالثا**: إفضاء التعامل بالدراهم المغشوشة إلى إدخال الضرر على الناس جراء انتشار الدراهم المغشوشة كان هو المناط الذي علق عليه الإمام ابن عرفة فتواه ونُصحه السلطان بقطعها، وذلك بالنظر إلى أن القاعدة المقررة في الشريعة أن «الضرر يزال».

ـ **رابعا**: اعتراض الإمام الغبريني رحمه الله على ابن عرفة في فتواه، هو مبني على القياس بالنظر إلى ما نقله ابن رشد الجد رحمه الله في البيان أن مالكا رحمه الله سئل عن الدراهم النقص يبتاع الناس بها في أسواقهم، أترى أن تغير ؟ فقال:«بل أرى أن تترك، وأرى في ذلك رفقاً للناس، حتى أن الرجل ليأتي بالدرهم الوازن فما يعطى به إلا شبه ما يعطى بالناقص، والمرأة تأتي بغزلها وما أشبهة فأرى أن يتركوا ولا يمنعا وهو مرفق بالناس».

قال محمد بن رشد: «رأى تغيير الدراهم الناقصة ومنع الناس من التجارة بها تضييقاً على الناس لأنهم يتسامحون فيها، فإن قطعت بارت على الناس، فلم ينتفعوا بها، ولا سومحوا فيها، والمسامحة في البيع والشراء محمودة».

ومناط فتوى الغبريني متعلق بالموازنة بين الحال القائم والحال المتوقع، مستندا إلى ما يقرره العرف من أن:«العامة إذا اصطلحت على سكة جاز التعامل بها ولو كانت مغشوشة»، لأن المنع مآله إلى إتلاف رؤوس أموال الناس، وهذا ضرر أكبر من الضرر القائم، والقاعدة تقرر أنه «إذا تعارض ضرران ارتكب أخفهما»، فإبقاء

التعامل بهذه الدراهم هو حفظ للمصلحة.

ـ **خامسا:** تغير الواقع الذي فرض أن ينظر إلى المآل المتفصي عن منع هذه الدراهم المغشوشة، اقتضى رجوع الإمام الغبريني إلى ما أفتى به الإمام ابن عرفة، وأن يوجه ما استند إليه في فتواه بارتباط مناطها بتعين الدراهم في أيدي مالكيها، لكن مقتضى الرجوع إلى فتوى ابن عرفة رحمه الله هو أن قطع هذه الدراهم المغشوشة هو حفظ للمصلحة العامة، نظرا لما ينتج عن بقاء التعامل بها من ضرر على الناس حتى ولو لم تكن متعينة.

ـ **سادسا:** هناك أيضا اعتبار آخر بنيت عليه فتوى الإمام ابن عرفة رحمه الله، وهو ما قرره اللخمي رحمه الله من فساد الزمان، وتغلب الفسقة على ضرب السكة[1]، وهذا من مستلزمات النظر في الواقع ومعرفة الواجب فيه، إذ فساد الزمان عامل مؤثر في مآلات تنزيل الأحكام، فلما كان ضبط الغش في الدراهم ممكنا تجوز المفتون في السماح بالتعامل بها، لكن لما صار الغش فيها متعذر الضبط صار ذهاب رؤوس أموال الناس أوكد وأثبت، فكان المنع من التعامل بها أولى للذريعة.

ـ **سابعا:** أن فتوى الإمام ابن عرفة رحمه الله تطبيق صريح لقاعدة: «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»، وذلك بالنظر إلى المآل الذي يفضي إليه بقاء هذه العملة التي صارت منكرا ظاهرا دخل به على الناس فساد

1- ينظر: كلامه في متن الفتوى.

كبير على سكة المسلمين، وهو «منكر لا يحل تركه على تلك الحال، فيكسره إن كان كسره يؤمن معه الغش به بعد ذلك فيخرج في دراهم صغار، وإن كان لا يؤمن ذلك بسبب الكسر فلا بد من سبكه، وهو ظاهر، لأن المقصود إزالة ذلك المنكر، فكل طريق لا تمكن إزالته إلا بها فإنها متعينة»[1].

المسألة الثانية: الأكل ممن اختلط ماله بالحرام

قال الونشريسي: «وسئلت عن رجال من طُلاب العلم فقراءَ أو غيرَ فقراءَ، يأكلون من طعام الجبابرة مثل الشيوخ والسلاطين ومالهم فيه الحلال والحرام، هل يجوز أكلهم أم لا؟ والفرض عدم تعيين الحرام من الحلال.

فأجبت بما نصه:

الحمد لله تعالى وحده، الجواب والله سبحانه ولي التوفيق بفضله، أن المال إذا لم يتجرد عن شائبة الحرمة ولا انفك عنها كما في فَرْضِ سؤالكم، فلا يخلو حالُه من أن تكون شائبةُ الحِرمةِ أغلبَ أو شائبةُ الحِلِّية أغلبَ، أو الشائبتان سواء ولا رجحان لإحداهما على الأخرى، فإن كانت الأولى وهي جانب الحِرْمة أغلب في نظر المكلف فالحكم الفقهي التحريم ترجيحا للغالب، وإن كانت الثانية أغلب في نظره فالحكم الفقهي أيضا في هذا الوجه للغالب، فتناول ما هذه صفته من أموال من ذكرت حلال في حكم الفقه، قال ابن عمر

1- ينظر: النوازل الكبرى، 5 / 137.

رضي الله عنه: «كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة أن نقع في الحرام»، وحُكِيَ عن محمد بن سيرين أنه ترك لشريكه أربعة آلاف درهم لأنه حَاَكَ في قلبه شيء من اتفاق أئمة الأمصار وعلمائهم أنه لا بأس به، وهذا وَرَعُ المتقين، وإليه أشار أبو الدرداء رضي الله عنه بقوله:«ألا إن تمام التقوى أن يتقي العبد في مثقال ذرة حتى يترك بعض ما يرى أنه حلال خيفة أن يكون حراما»، وعلى ذلك نص صاحب الشرع فقال:«لا يبلغ العبد درجة المتقين حتى يترك ما لا بأس به مخافة ما به بأس»[1]، وإن كانت الثالثة، وهي ما تكافأت فيها الشائبتان فالحكم الفقهي وجوب الترك وتحريم التناول لأن ترك الحرام واجب، وما لا يتوصل للواجب إلا به فهو واجب، وحكم الحرام بين ومقابله بين، وبينهما تنتهي أقسام الأموال في الجملة إلى خمسة، وبالجملة فبعض هذه المنازل والمراتب في التحريم أقوى من بعض، فأقواها الحرام المطلق، ويليه ما قويت فيه شائبة التحريم، ويلحق بها ما استوت شائبتاه، والله سبحانه أعلم، وبالله التوفيق»[2].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

أقام الونشريسي البناء الفقهي لفتواه على أساس مبدأ الموازنة ومبدأ الاحتياط، فبعد أن عرض صور الموازنة بين غلبة الحرام، أو غلبة الحلال، أو تساويهما، أشار إلى ما يجب أن يسلكه المكلف في

1- رواه: الترمذي، كتاب: صفة القيامة والرقائق والورع، الحديث: 2451، وابن ماجه، كتاب الزهد، باب: الورع والتقوى، رقم:.4215

2- ينظر: المعيار المعرب، 5 / 111.

كل حالة من الحالات، وليس هناك إشكال في غلبة أحدهما فالحكم لمن غلب، والقاعدة تقرر أنه يلحق الأقل بالأكثر.

أما عند تساوي الشوائب وتعذر الموازنة، فإن مسلك الاحتياط يفرض نفسه على المفتي، خاصة إذا امتزجت الأعيان وتعذر عزلها عن بعضها، وعلى هذا فالحكم بالمنع من أكل من أموال السلاطين والجبابرة هو الأولى، أي أن ترك الحرام واجب، وكل وسيلة يجتنب بها الحرام تصبح متعينة حينها، وهذا مسلك الإمام أصبغ خلاف للإمام ابن القاسم، فابن القاسم ذهب إلى أخف درجات الترك وهو الكراهة، بينما الإمام أصبغ ذهب إلى أقصى درجات الاحتياط بأن قال بالمنع[1]، والتعارض بين حل أكل مال الظالم وحرمته يوجب العمل بالاحتياط الذي هو الأصل في أمور الدين، فسدا لذريعة الوقوع في الحرام واعتبارا للظن الغالب، ومراعاة لما يؤول إليه الفعل من تقوية للظلمة وأهل الغصب، خاصة وأنه قد خفي ما في مال هؤلاء من الحلال، كانت قاعدة: «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب».

8- ترجيح الغالب على الأصل سدا للذريعة

هذا المظهر فرع عن قاعدة « تعارض الأصل والغالب»، وهي عند المالكية بصيغة: «إذا تعارض الأصل والغالب، هل يؤخذ بالأصل أو الغالب؟»[2]، ومعنى الأصل هنا القاعدة المستمرة والمعنى المستصحب، أما الغالب فمعناه ما يكثر حدوثه ووقوعه، أو يترجح

1- ينظر: البيان والتحصيل، 18 / 566، وحاشية الدسوقي، 3 / 277.
2- ينظر: قواعد المقري،1 / 239، وإيضاح المسالك للونشريسي، ص: 72.

ولم يكن أصلا وقد يسمى الظاهر، ويضاف إلى ذلك معنى النادر وهو ما قل حدوثه وخالف الأصل، ومدلول هذه القاعدة أنه إذا تعارض أمام المجتهد قاعدة مستمرة مع ما يغلب على ظنه وقوعه، فإما أن يترجح لديه الأصل أو يترجح لديه الظن الغالب.

وقد اختلف المالكية في بيان هذه القاعدة[1]، فبين معتبر للأصل ومعتبر للغالب وذلك بحسب ما يترجح، وهذا من باب سد الذريعة إذا ما قام المقتضي لذلك، فللمفتي التمسك بالأصل إذا لم يؤل تمسكه به إلى حرج يقع بالمكلف.

أما إذا كان التمسك بالأصل يؤول إلى تضييع مصلحة أكبر من المصلحة التي يراد حفظها، أو يؤول إلى إيقاعه في مفسدة في أكبر من المصلحة المراعاة فإن العدول إلى الغالب سدا للمآل الضرري أوجب خاصة إذا كان ذلك على غير مقتضى العادة[2]، وهي قاعدة المذهب[3] أي: أن المستفاد من الغالب راجح على الظن المستفاد من الأصل[4] إذا خيف ضياع المصالح أو طغيان المفاسد.

وقد أثبت الشاطبي العلاقة بين هذه القاعدة وبين سد الذريعة،

1- وقد فصل فيها القرافي رحمه الله تفصيلا وافيا في الفرق 239، بين قاعدة ما اعتبر من الغالب وما ألغي من الغالب، 4 / 240 وما بعدها، وينظر ما كتبه الشيخ المالكي في تهذيب الفروق بالهامش، وينظر المنثور في القواعد، للزركشي1 / 311.

2- قال صاحب التحفة ص: 164

القَوْلُ قَوْلُ مُدَّعٍ لِلْأَصْلِ ... وْ صِحَّةٍ فِي كُلِّ فِعْلٍ فِعْلِ
مَا لَمْ يَكُنْ فِي ذَاكَ عُرْفٌ جَارِ ... عَلَى خِلَافِ ذَاكَ ذُو اَسْتِقْرَارِ

3- ينظر: منح الجليل لعليش، 1 / 69.

4- ينظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام،لابن دقيق العيد 1 / 476.

فقال:» القواعد المشروعة بالأصل إذا داخلتها المناكر كالبيع والشراء والمخالطة، والمساكنة إذا كثر الفساد في الأرض واشتهرت المناكر، بحيث صار المكلف عند أخذه في حاجاته وتصرفه في أحواله لا يسلم في الغالب من لقاء المنكر أو ملابسته؛ فالظاهر يقتضي الكف عن كل ما يؤديه إلى هذا، ولكن الحق يقتضي أن لا بد له من اقتضاء حاجاته، كانت مطلوبة بالجزء أو بالكل، وهى إما مطلوب بالأصل، وإما خادم للمطلوب بالأصل؛ لأنه إن فرض الكف عن ذلك أدى إلى التضييق والحرج، أو تكليف ما لا يطاق، وذلك مرفوع عن هذه الأمة؛ فلا بد للإنسان من ذلك، لكن مع الكف عما يستطاع الكف عنه، وما سواه فمعفو عنه لأنه بحكم التبعية لا بحكم الأصل...

وهكذا النظر في الأمور المشروعة بالأصل كلها، وهذا إذا أدى الاحتراز من العارض للحرج، وأما إذا لم يؤد إليه وكان في الأمر المفروض مع ورود النهي سعة كسد الذرائع؛ ففي المسألة نظر ويتجاذبها طرفان؛ فمن اعتبر العارض سد في بيوع الآجال وأشباهها من الحيل، ومن اعتبر الأصل لم يسد ما لم يبد الممنوع صراحًا، ويدخل أيضًا في المسألة النظر في تعارض الأصل والغالب؛ فإن لاعتبار الأصل رسوخًا حقيقيًّا، واعتبار غيره تكميلي من باب التعاون، وهو الظاهر»[1].

وبهذا يقيم الشاطبي العلاقة بين قاعدة سد الذريعة وقاعدة تعارض

1- ينظر: الموافقات، 3 / 527 - 528.

الأصل والغالب باعتبارهما تتقاطعان في اعتبار المفتين للعوارض التي تعرض للحكم التكليفي[1]؛ ذلك أن الأمر والنهي يتواردان على الفعل، وأحدهما راجع إلى جهة الأصل والآخر راجع إلى جهة التعاون، فهل تعتبر جهة الأصل أو تعتبر جهة التعاونكما سماها ـ؟[2]، باعتبار أنه لا بد أن يرجع الأمر إلى أحدهما.

يقول رحمه الله: «فإن كان الأول، فحاصله راجع إلى قاعدة سد الذرائع؛ فإنه منع الجائز لئلا يتوسل به إلى الممنوع، وقد مر ما فيه، وحاصل الخلاف فيه أنه يحتمل ثلاثة أوجه:

ـ أحدها: اعتبار الأصل إذ هو الطريق المنضبط والقانون المطرد.

ـ والثاني: اعتبار جهة التعاون، فإن اعتبار الأصل مؤدٍ إلى المآل الممنوع، والأشياء إنما تحل وتحرم بمآلاتها، ولأنه فتح باب الحيل.

ـ والثالث: التفصيل، فلا يخلو أن تكون جهة التعاون غالبة أو لا، فإن كانت غالبة فاعتبار الأصل واجب، إذ لو اعتبر الغالب هنا لأدى إلى انخرام الأصل جملة، وهو باطل وإن لم تكن غالبة فالاجتهاد.

وإن كان الثاني، فظاهره شنيع لأنه إلغاء لجهة النهي ليتوصل إلى المأمور به تعاونا، وطريق التعاون متأخر في الاعتبار عن طريق إقامة الضروري والحاجي لأنه تكميلي»[3].

1- ينظر: الموافقات، 3 / 509.

2- مع نفي اعتبارهما معا من جهة واحدة لكون مآل ذلك على تكليف ما لا يطاق وقوعا مع الاتفاق على عدمه. ينظر الموافقات، 3 / 564، وينظر تعليق الشيخ دراز على كل المسألة الثامنة عشرة، طبعة العلمية، 3 / 192.

3- ينظر: الموافقات، 3 / 564 – 567.

المسألة الأولى: مسألة من باع ملكا مشتركا بينه وبين زوجته

قال الوزاني: « ووقفت على جواب الأستاذ أبي سعيد ابن لُب[1] في نازلة رجل باع مِلكـاً مُشتركـاً بينه وبين زوجته بغير إِذْنِها، ثم علمت وسكتت مدة طويلة، إلا أن سكوتها من أجل أن العادة عندهم أن رفع الزوجة عند القاضي عار عليها، ثم أرادت القيام، فهل لها القيام وتستحق نصيبها وتشفع نصيب زوجها أم لا؟

فأجاب بما معناه أن الواجبَ نفوذُ البيع على الزوجة إن ثبت علمها وطالت المدة، وتَتْبَعُ البائعَ في الثمن، لأن العادة قاضية على من بيع عليه ملكه فعلم وسكت مع تمكنه من القيام أنه مسلم لمشتريه وممض للبيع فيه.

قال: وهذا مقتضى نصوص الروايات، فإذا ثبت في نازلة من النوازل تخلُّف ما اقتضته هذه العادة وخروجها عن الغالب المعتاد كما وقع في السؤال من وجود العذر المانع من الاعتراض وجب بقاء الملك المبيع على ملك صاحبه، واستحقاقُه إياه بعد أن يحلف اليمين المعلومة في ذلك أنه ما باع ولا فوت ولا رضي ولا سلم ولا كان سكوته رضى بالبيع[2].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

قامت هذه الفتوى على أساس سد الذريعة، ذلك أن القاعدة والعادة

1- هو أبو سعيد فرج بن قاسم بن لب الغرناطي، توفي سنة: 782 هـ. ترجمته في: الديباج، 2/ 110، ونيل الابتهاج، ص: 357.

2- ينظر: النوازل الكبرى، 5 / 368 - 370، وينظر أصل النازلة والكلام الطويل فيها من المعيار، 9 / 369.

المقررة في الدعاوى أن من بيع عليه ملكه فعلم وسكت وهو قادر على المطالبة بملكه مع ضميمة طول المدة، فإن ذلك يعتبر منه رضى، هذا الأصل الذي تشهد له العادة.

لكن في مقابل هذا الأصل، تقوم عادة أخرى هي أقوى هنا من اعتبار الأصل، وهو العذر القائم للمرأة بدعوى أن من شكت زوجها إلى القاضي في دعاوى الأموال تلحقها معرة، فكان هذا قرينة على أن سكوت المرأة هنا هو خضوع للأعراف، وعلى هذا فوجود العذر لا يضر معه السكوت، فهي معذورة في سكوتها، ومن تم وجب بقاء المبيع على ملكها مع اليمين إثباتا لحقها، على اعتبار أن العادة كالشاهد الواحد[1]، وترجيحا للغالب على الأصل واحتياطا[2] كذلك لحق الزوج وإنهاء للخصومة، واستحقاقها لكل الحقوق المتعلقة بالشفعة وغيرها، فلو لم تسمع دعوى المرأة لضاعت حقوق كثير من النساء بدعوى العرف والعادة، وفي ذلك فساد عظيم.

المسألة الثانية: مسألة امرأة ادعت على رجل أنه غصبها أرضها

قال الوزاني: « سئلت عن امرأة ادعت على رجل أنه غصبها بلادها،

1- ينظر: إيضاح المسالك للونشريسي، ص: 186.

2- لما رواه مسلم: جاء رجلان إلى النبي ﷺ في خصومه أحدهما من حضرموت والآخر من كندة تخاصما في أرض! قال الحضرمي: يا رسول الله، هي أرضي اغتصبني هذا، وقال الآخر: هي أرضي أزرعها ورثتها من أبي، فسأل النبي المدعي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «إذن يحلف صاحبك» قال: يا رسول الله، إذن يحلف ولا يبالي! هو فاجر لا يتورع عن شيء، فلما أراد أن يحلف قال النبي: «لأن حلف علي يمين كذب ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان»، فعند ذلك اتعظ الرجل! وردّ الأمر إلى أهله. أخرجه مسلم في الإيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، الحديث رقم: (139) من حديث وائل بن حجر.

فأجابها بالحوز والمِلك، فأثبت ملكيتها، فاستظهر بالشراء منها، فأفتاها بأنها جاهلة فلها فسخ البيع، وهم جماعة، وأفتى واحد بلزوم البيع.

فأجبت: الحمد لله، ما سطره المفتي أعلاه في غاية الحسن والصواب، إذ هو الحق الذي لاشك فيه ولا ارتياب، فقد أفاد مع الاختصار وأجاد، وكشف عن حقيقة المراد، ومن العجب تواطؤ المفتين حوله على ترك الكلام على المقال، وادعاؤهم جهل المرأة الذي لا دليل عليه هنا بحال، مع أن المفتي إذا خرج عن المقال كان فيه نوع من تلقين الخصوم المنهي عنه شرعا.

والحاصل أن ما أفتوا به باطل، وعن طريق الشريعة عاطل، وذلك لأمور:

أولها: أن دعوى الجهل توجب سقوط دعوى المرأة جملة وتفصيلا، لأن الخصم إذا انتقل من دعوى إلى أخرى سقطت دعوياه معا كما هو عند كل من يتعاطى الفتوى...

ثانيها: أن قولهم: «حيث ادعت المرأة الجهل فيما باعته، وعدم معرفتها قدر قيمته تريد فسخ البيع فإنها تصدق في ذلك الخ» غير سديد، لأنه موجب لعدم صحة بيع المرأة مطلقا، أي امرأة كانت، وهذا لا قائل به، فلو جاز هذا لكان كل امرأة باعت شيئا ثم أرادت فسخه أن تدعي الجهل ولو بعد مضي السنين الطويلة وتفسخه، ولا يخفى أنه تلاعب، ومخالف لما اتفق عليه الأئمة من أن المتبايعين

محمولان على المعرفة حتى يثبت الجهل، فقد ذكر هذه القاعدة ابن فرحون، وصاحب الفائق[1]، والحطاب، والشيخ الرهوني، وبناني، ولم يذكروا فيها خلافا أصلا، ولا فرقوا بين رجل وامرأة، وذلك هو الحق.

ثالثها: احتجاجهم علينقض بيع هذه المرأة بعد مضي ستة أعوامبمسألة زوج الولي الصالح الزاهد البطريني، مع أن زوجة البطريني لم تكن دخالة خراجة، ولا من أهل البوادي الذين يصلون إلى أراضيهم، لا سيما في زمن الربيع وأيام المصيف، ولذا قال البرزلي: إن ابن عرفة احتج بأنها لا تعلم حقيقة ما باعت إذ لم تشاهده، ولا هناك من وصفه لها، فعذرها الخ. ولا شك أن هذه المرأة هنا لم يثبت أنها لم تعلم حقيقة ما باعت ولا أنها لم تره قط حتى تعذر بذلك، كما أنه لم يقل أحد في بيع زوجة البطريني أنه فسخ بعد ستة أعوام، فقياس هذه عليها من البعد بمكان»[2].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

يظهر اعتبار المآل في هذه النازلة كالآتي:

أولا: نظر الإمام الوزاني رحمه الله إلى اضطراب الدعوى، إذ انتقلت دعوى المرأة من ادعاء الغصب، إلى دعوى الجهل بعد أن قامت عليها حجة البيع باستظهار الرجل عليها بوثيقة بيع، وهذا منبئ عن تذرع بما هو معتبر في الشرع لحل عقد استوفى أركانه وشروطه،

1- المقصود به محمد بن راشد القفصي وكتابه: الفائق في معرفة الأحكام والوثائق.

2- ينظر: النوازل الكبرى، 5 / 2728.

لذا فالإمام يقرر سقوط الدعوين معا.

ثانيا: القاعدة المقررة أن مدعي الجهل مدع الأصل[1]، مع أن الأصل في الإنسان الجهل، لقوله تعالى:﴿وَٱللَّهُ أَخۡرَجَكُم مِّنۢ بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ شَيۡـٔٗا وَجَعَلَ لَكُمُ ٱلسَّمۡعَ وَٱلۡأَبۡصَٰرَ وَٱلۡأَفۡـِٔدَةَ لَعَلَّكُمۡ تَشۡكُرُونَ﴾[2]، لكن ليس دائما يراعى هذا الأصل في المعاملات والتعاقدات. فلو اعتبرت دعوى المرأة الجهل لضاعت حقوق ولم يقف عقد على ساق[3]، ولما أقرت امرأة على عقد بدعوى أن الأصل في المرأة الجهل بالبيع وأحوال الأسواق، فسدا للذريعة كان القول بلزوم هذا البيع للمرأة وعدم سماع دعواها، فاعتبار الأصل هنا مفوت لمصالح حقيقية مقابل مصلحة متوهمة، وحتى لو اعتبر جهلها بما باعته في الأصل، فإن العلم يحصل بأن يوصف لها المبيع[4]..

وعلى هذا فتحمل المرأة على علمها بالمبيع وصفته نظرا إلى أن الغالب كما قرر الفقهاء هو أنه لا يُحمل الناس في أحكامهم إلا على المعرفة[5]، وما يرد دعواها أيضا أن الوثيقة تضمنت وصف المبيع وقدره، ولو كان المشتري عالما بجهل المرأة لسمعت دعواها مع

1- ينظر: النوازل الكبرى، 5 / 369.

2- سورة النحل، الآية: 78.

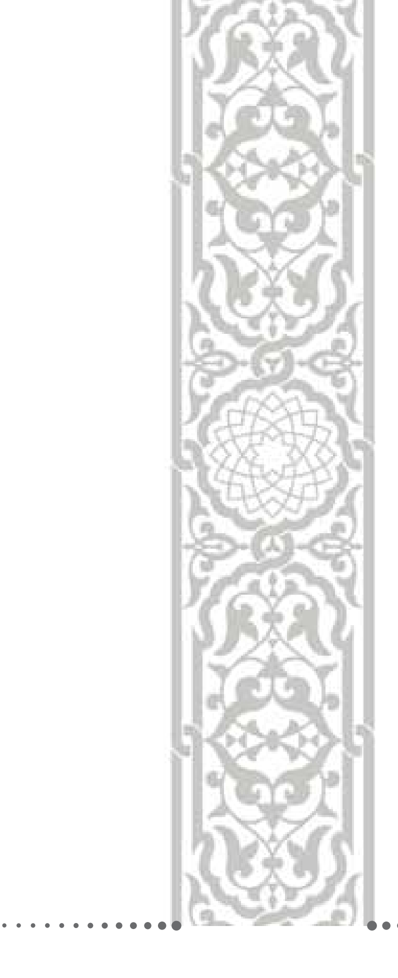
3- ينظر: البهجة، 2 / 461.

4- ينظر: النوازل الكبرى، 5 / 26.

5- ينظر: المنتقى، 5 / 350وتبصرة الحكام لابن فرحون 2 / 218ومواهب الجليل، 6 / 87، والبهجة، 2 / 10.

اليمين[1]، ولذلك تعلق مناط الفتوى بالذريعة بوثيقة البيع، إذ بها قام الدليل على أن المرأة ما أرادت من دعواها الجهل إلا الفرار من العقد، وهو ما احتال به المفتون، وعلى هذا فإن هذه المسألة من باب تعارض الأصل والغالب، لأن الأصل الجهل، والغالب في عرف الفقهاء العلم، فغَلَّبَ أئمتنا الغالب على الأصل سدا لذريعة فساد العقود وذهاب الأموال.

1- ينظر: النوازل الكبرى، 5 / 30.



الفصل الثاني

الحيل و العمل بها اعتبارا للمآل في فتاوى المعاملات

مقدمة نظرية

لا يُفَرَّقُ البعض أحيانا بين سد الذرائع وبين قاعدة الحيل، باعتبار أن بينهما تشابها كبيرا جدا، ومن الباحثين المعاصرين من الذين بحثوا في اعتبار المآل سلكوا هذا المسلك في البحث[1]، ولربما كان لمن فعل هذا حجته استنادا على نصوص العلماء، الذين تداخل مفهوم الذرائع عندهم أحيانا مع مفهوم الحيل، أو عند التفصيل في المفاهيم، إذ يذكرون أحيانا سد الذريعة ضمن تقسيمات الحيل، أو العكس[2] .

وهذا الذي ورد لا ينفي فعلا أن بين سد الذرائع والحيل وثيقُ صلة، ذلك أن المذاهب الفقهية اختلفت في الحيل، فبينما الحنفية يذهبون إلى أن الحيل منها ما هو جائز ومنها ما هو غير جائز، فإن المالكية والحنابلة يرون أن الحيل ليس منها جائز، وإن كان شيء منها جائز فذلك من باب فتح الذرائع لا من باب الحيل، أي طلب الترخص للفعل، ولعل هذا الاختلاف بين هذين الفريقين يعود إلى موقفهما من اعتبار المآل في الجملة والأساس الذي استند عليه في بنائه الأصولي

1- مثل الدكتور وليد بن علي الحسين في كتابه: اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، إذ ربط بينهما في مبحث واحد، دون تفصيل إلا ما كان من بيانه العلاقة بينهما باعتبار اندراجهما معا ضمن مبدأ مراعاة المآل واعتبار نتائج التصرفات.

2- كشيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في كتابه: بيان الدليل على بطلان التحليل، ص: 255. رغم أن ابن تيمية رحمه الله لم يضع كتابه هذا لبيان الحيلة من كل وجوهها، بل قصد وجوها معينة كنكاح التحليل وغيره، وكابن القيم رحمه الله في إعلامه، وحتى الإمام الشاطبي رحمه الله في الموافقات،فلتنظر المسألة الخامسة والثانية عشرة من مقاصد المكلف، على التوالي في الموافقات، 3 / 53،و3 / 120..

من اعتبار البواعث والقصود الباطنة في المعاملات وحتى العبادات.

وكما مر حين الحديث عن نظرية الباعث أن المالكية والحنابلة يرون أن القصد وإن كان خفيا فهو مؤثر في الأفعال، ولذلك فالحيلة عندهم ممنوعة بكل وجوهها، لأنها حسب تعاريفهم لها تقتضي إسقاط حكم المنع من الفعل حتى يصير الحرام حلالا في الظاهر، والواجب غير واجب، وفي هذا يقول الشاطبي: «**فإذا تسبب المكلف في إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه، أو في إباحة ذلك المحرم عليه، بوجه من وجوه التسبب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر، أو المحرم حلالًا في الظاهر أيضا، فهذا التسبب يسمى حيلة وتحيلا**»[1].

ورغم أن الحنفية يقولون بتجويز الحيل دون اعتبار للقصد الفاسد فهذا نظر إلى المآل كذلك، فالاختلاف بين الفريقين هو باب تحقيق المناط، وهذا ما يصرح به الشاطبي حين قال:«**وكذلك القول في الحيل عند من قال بها مطلقا، فإنما قال بها بناء على أن للشارع قصدا في استجلاب المصالح ودرء المفاسد، بل الشريعة لهذا وضعت، فإذا صحح مثلا نكاح المحلل؛ فإنما صححه على فرض أنه غلب على ظنه من قصد الشارع الإذن في استجلاب مصلحة الزوجين فيه، وكذلك سائر المسائل بدليل صحته في النطق بكلمة الكفر خوف القتل أو التعذيب، وفي سائر المصالح العامة والخاصة؛ إذ لا يمكن إقامة دليل في الشريعة على إبطال كل حيلة، كما أنه لا يقوم دليل على تصحيح**

1- ينظر: الموافقات، 3 / 107.

كل حيلة؛ فإنما يبطل منها ما كان مضادا لقصد الشارع خاصة، وهو الذي يتفق عليه جميع أهل الإسلام، ويقع الاختلاف في المسائل التي تتعارض فيها الأدلة»[1].

إذن، فالحديث عن الحيل في صورة منه هو حديث عن سد الذرائع، فكلاهما احتياط واستثناء من القواعد العامة بناء على تحقيق المناط اعتبارا للعوارض والملابسات والقرائن المحتفة بفعل المكلف،واعتبارا للمآل الذي تمثل الحيل إحدى مكوناته.

غير أن الفرق الثابت بين سد الذرائع والحيل، هو أن سد الذريعة يحكم به سواء ثبت القصد الفاسد أم لم يثبت، لأن العبرة بالنتيجة، ولأنها قد تكون مبطلة لمقصد الشارع من الصلاح[2]ـ وقد لا تكون على اعتبار أن «**الأشياء تحل وتحرم بمآلاتها**»[3]، بينا الحيل المعتبر فيها القصد الفاسد والنتيجة معا، التي هي القصد إلى إبطال القصد الشرعي[4].

قال الشاطبي: «**إن من الأحكام الثابتة عزيمة ما لا تخفيف فيه ولا ترخيص...ومنها ما فيه ترخيص، وكل موضع له ترخيص يختص به لا يتعدى،وأيضا فمن الأحوال اللاحقة للعبد ما يعده مشقة ولا يكون في الشرع كذلك؛ فربما ترخص بغير سبب شرعي، ولهذا الأصل**

1-ينظر: الموافقات، 3 / 32.

2-ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور، ص: 366.

3-ينظر: الموافقات، 3 / 566.

4-هذا في تصوري على مذهب المانعين للحيل، وإلا فإن مذهب المجوزين لها يقتضي أنه ليس كل حيلة تبطل مقصدا شرعيا، والله أعلم.

فوائد كثير في الفقهيات؛ كقاعدة المعاملة بنقيض المقصود، وغيرها من مسائل الحيل»[1].

لهذا فإن تطبيقات الحيل في هذا الفصل تتركز بالأساس على القصد الفاسد، والتحيل على الأحكام، باعتبار ذلك الصورة الوحيدة التي تقوم عليها الحيلة.

أولا: تعريف الحيل وعلاقتها باعتبار المآل

1- تعريف الحيل

الحيلة لغة:

قال الجوهري: «الحيلة بالكسر والاسمالاحتيال وهو من الواو وكذلك الحَيْلُ والحَولُ يقال: لا حيل ولا قوة لغة فى حول»، قال الفراء: «هو أَحْيلُ منك أي أكثر حيلة- وما أَحْيلَهُ لغة في ما أَحْوَلَهُ»، قال أبو زيد: «يقال ماله حِيلَةٌ ولا مَحَالَةٌ ولا احْتِيالٌ ولا مِحالٌ بمعنى واحد»[2]..

والحيلة: هي الحذق وجودة النظر والقدرة على دقة التصرف[3].

قال صاحب المصباح: «الحيلة الحذق في تدبير الأمور، وهو تقليب الفكر حتى يهتدي إلى المقصود وأصلها الواو»[4].

1- ينظر: الموافقات، 1 / 538.

2 - ينظر: الصحاح للجوهري:4 / 1681 - 1682

3 - ينظر: لسان العرب، مادة (حول).

4 - ينظر: المصباح المنير: للفيومي، ص: 84، مادة (حول).

وقال صاحب مفردات القرءان:«أصل الحول تغير الشيء، وانفصاله عن غيره، وباعتبار التغير، قيل: حال الشيء، يحول حؤولا، واستحال تهيأ لأن يحول، وباعتبار الانفصال قيل: حال بيني وبينك كذا.... والحيلة ما يتوصل به إلى حالة ما خفية، وكذا الحويلة، وأكثر استعمالها فيما تعاطيه خبث، وقد تستعمل فيما فيه حكمة، ولهذا قيل في وصف الله تعالى: ﴿وَهُوَ شَدِيدُ ٱلْمِحَالِ﴾[1]، أي الوصول في خفية من الناس إلى ما فيه حكمة، وعلى هذا النحو وصف بالمكر، والكيد، لا على الوجه المذموم تعالى الله عن القبيح»[2].

و«الحيلة من التحول لأن بها يتحول فاعلها من حال إلى حال بنوع تدبير ولطف يحيل به الشيء عن ظاهره»[1]

الحيلة اصطلاحا:

عرفها الإمام النسفي بقوله: «ما يتلطف بها لدفع المكروه أو لجلب المحبوب»[3].

وقال ابن قدامة: «هو أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله»[4].

قال ابن تيمية: «والحيلة مشتقة من التحول، وهو النوع من الحول، كالجلسة والقعدة من الجلوس والقعود، وكالأكلة والشربة من الأكل

1 - سورة الرعد، الآية 13.
2 - ينظر: المفردات في غريب القرءان، للراغب الأصفهاني، ص: 193.
3 - ينظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، للإمام عمر بن محمد النسفي، ص: 312.
4 - ينظر: المغني، 4 / 179.

والشرب، ومعناها: نوع مخصوص من التصرف الذي هو التحول من حال إلى حال، هذا مقتضاها في اللغة، ثم غلبت بعرف الاستعمال على ما يكون من الطرق الخفية موصلا إلى حصول الغرض بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة، فإن كان المقصود أمرا حسنا كانت حيلة حسنة، وإن كان قبيحا كانت قبيحة...وصارت في عرف الفقهاء إذا أطلقت قصد بها الحيل التي يستحل بها المحارم»[1].

وقرر ابن القيم أن أصل الحيلة هو أنها: «**نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب بالعرف استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه؛ بحيث لا يُفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة، فهذا أخص من موضوعها في اللغة، وسواء كان المقصود أمراً جائزاً أو محرمًا، وأخص من هذا استعمالها في الغرض الممنوع شرعًا أو عقلاً أو عادة، فهذا هو الغالب عليها في عرف الناس**»[2].

وعرفها الشاطبي بقوله: «**حقيقتها المشهورة هي: تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع، كالواهب ماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة، فإن أصل الهبة على الجواز، ولو منع الزكاة من غير هبة كان ممنوعا، فإن كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة، فإذا جمع بينهما على هذا القصد كان مآل الهبة**

1 – ينظر: الفتاوى الكبرى: 3 / 141 – 142.
2 – إعلام الموقعين: 3 / 240 – 241.

المنع من أداء الزكاة، وهو مفسدة، ولكن هذا بقصد إبطال الأحكام الشرعية»[1].

ويضيف زيادة في التحديد: «**إذا تسبب المكلف في إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه، أو فيإباحة المحرم عليه، بوجه من وجوه التسبب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر، أو المحرم حلالا في الظاهر أيضا، فهذا التسبب يسمى حيلة وتحيلا**»[2].

وقال أيضا: «**وعلى الجملة فهو تحيل على قلب الأحكام الثابتة شرعا إلى أحكام أخر، بفعل صحيح الظاهر لغو في الباطن**»[3].

وعرفها الإمام ابن عاشور بقوله: «**إبراز عمل ممنوع شرعا في صورة عمل جائز، أو إبراز عمل غير معتد به شرعا في صورة عمل معتد به لقصد التفصي من مؤاخذته، فالتحيل شرعا: هو ما كان المنع فيه شرعيا والمانع الشارع**»[4]. [5]

1 – الموافقات: 5 / 187 وذكر رحمه الله في المسألة العاشرة من مقاصد المكلف أن التحيل مشتمل على مقدمتين: الأولى، قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض في ظاهر الأمر، والثانية، جعل الأفعال المقصودة بها في الشرع معان وسائل إلى قلب تلك الأحكام، يقول رحمه الله: «إن الله أوجب أشياء وحرم أشياء، إما مطلقا من غير قيد ولا ترتيب على سبب، كما أوجب الصلاة والصيام، وحرم الزنا والربا، وأوجب ايضا اشياء مرتبة على أسباب، وحرم أخر كذلك، كإيجاب الزكاة والكفارات، وكتحريم المطلقة والانتفاع بالمغصوب أو المسروق وما أشبه ذلك، فإذا تسبب المكلف في إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه أو في إباحة ذلك المحرم عليه بوجه من وجوه التسبب حتى يصير الواجب غير واجب في الظاهر، والمحرم حلالا في الظاهر أيضا، فهذا التسبب يسمى حيلة وتحيلا » الموافقات:3 / 107.

2 –الموافقات: 3 / 107.

3 – الموافقات: 3 / 108.

4 – مقاصد الشريعة الإسلامية: للإمام الطاهر بن عاشور، ص: 353.

5 – عرف الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي في كتابه: «ضوابط المصلحة في الشريعة

وبالنظر إلى التعريفات السابقة إجمالا، يُستنتج أن من تناول تعريف الحيلة انقسموا قسمين:

– قسم نظر إلى الحيلة في عموم معناها، فاعتبر أن الحيلة مخلص من شدة وعسر، ومخرج شرعي لنازلة لا نص فيها، أو لا تسعف النصوص في إيجاد حل لها، بشرط ألا تناقض هذه الحيلة أصلا شرعيا.

– قسم نظر إلى الحيلة نظرة أخص من القسم الأول، فقصرها على المذموم منها الذي يؤدي إلى خرم مقاصد الشريعة، فإذا أطلق لفظ الحيلة لم ينصرف إلا إلى هذا المعنى كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية: في تعريفه..

ولعل سبب اقتصار الفريق الثاني على المعنى المذموم للحيلة، هو أن ذلك أصبح هو الغالب في عرف الناس، وهو ما ذهب إليه الأصفهاني وابن القيم.

والخلاصة أن هذه التعاريف، تتفق في أن الحيلة تتعلق بسلوك المكلف طرقا خفية للوصول إلى المقصود، بغض النظر عن صحة

الإسلامية» فقال إنها: «قصد التوصل إلى تحويل حكم لآخر بواسطة مشروعة في الأصل « ص: 256. والملاحظ في تعريف الدكتور البوطي أنه قصر عنايته في تعريف الحيلة على الحيلة الشرعية الجائزة، وقد جعل معيار التفرقة بين الحيلة الشرعية والحيلة غير الشرعية هو الوسيلة والواسطة، فإذا كانت هذه الواسطة مشروعة فهذا يقتضي ضرورة أن تكون الحيلة شرعية، وإن كانت غير شرعية أخذت الحيلة حكم وسيلتها، وهذا إهمال من الشيخ البوطي لمبدأ النظر إلى البواعث وأثرها في تغيير الأحكام، ولو كانت النتيجة إسقاط حكم أو تحليل حرام، وهو بذلك يخالف الأئمة في تعريفهم للحيلة، وهم قد جعلوا معيار التفرقة هو القصد، وما يترتب على الحيلة من إبطال حق وإحقاق باطل.

هذه الطرق أو فسادها، أو إباحتها، أو حرمتها.

2 – تقسيمات الحيل

أ –تقسيم الإمام الشاطبي:

يقسم الإمام الشاطبي الحيل إلى ثلاثة أقسام:

ـ **الأول**: ما لا خلاف في بطلانه.

ـ **الثاني**: ما لا خلاف في جوازه.

وهما قد بلغا مبلغ القطع كما قال:.

ـ **الثالث**: هو ما لم يتبين فيه الحكم، وتردد بين البطلان والجواز.

قال:«**وأما الثالث: هو محل الإشكال والغموض، وفيه اضطربت أنظار النظار من جهة أنه لم يتبين فيه بدليل واضح قطعي لحاقه بالقسم الأول أو الثاني، ولا تبين فيه للشارع مقصد يتفق على أنه مقصود له، ولا ظهر أنه على خلاف المصلحة التي وضعت لها الشريعة بحسب المسألة المفروضة فيه؛ فصار هذا القسم من هذا الوجه متنازعًا فيه شهادة من المتنازعين بأنه غير مخالف للمصلحة فالتحيل جائز، أو مخالف فالتحيل ممنوع ولا يصح أن يقال: إن من أجاز التحيل في بعض المسائل مقر بأنه خالف في ذلك قصد الشارع بل إنما أجازه بناء على تحري قصده وأن مسألته لاحقة بقسم التحيل الجائز الذي علم قصد الشارع إليه؛ لأن مصادمة الشارع صراحًا علمًا أو ظنًا لا تصدر من عوام المسلمين، فضلًا عن أئمة الهدى وعلماء الدين، نفعنا الله بهم، كما أن المانع إنما منع بناء على أن ذلك مخالف لقصد الشارع**

ولما وضع في الأحكام من المصالح»[1].

ب – تقسيم الإمام ابن عاشور

اعتمد الإمام الطاهر بن عاشور في تقسيمه للحيل على النظر إليها باعتبار تفويتها للمقصد الشرعي كليا أو جزئيا.

يقول: «**وعند صدق التأمل في التحيل على التخلص من الأحكام الشرعية من حيث إنه يفيت المقصد الشرعي كله أو بعضه أو لا يفيته، نجده متفاوتا في ذلك أدى بنا الإستقراء إلى تنويعه خمسة أنواع....**»[2].

– **النوع الأول**: تحيل يفيت المقصد الشرعي كله ولا يعوضه بمقصد شرعي آخر، وهو ما لا ينبغي تجويزه أو الشك في بطلانه وتجري على صاحبه قاعدة: «المعاملة بنقيض القصد» إن اطلع على القصد السيء منه، بالنظر إلى القرائن المحتفة بالنازلة.

– **النوع الثاني**: تحيل على تعطيل أمر مشروع على وجه ينقل إلى أمر مشروع آخر، أي استعمال الشيء باعتبار كونه سببا، فإن ترتب المسبب على سببه أمر مقصود شرعا.

– **النوع الثالث**: تحيل على تعطيل أمر مشروع على وجه يسلك به أمرا مشروعا هو أخف عليه من المتنقل منه.

– **النوع الرابع**: تحيل في أعمال ليست مشتملة على معان عظيمة مقصودة للشارع، وفي التحيل فيها تحقيق لمماثل مقصد الشارع من تلك الأعمال.

1- ينظر: الموافقات، 3 / 125.

2 – مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 356.

- **النوع الخامس**: تحيل لا ينافي مقصد الشارع، أو هو يعين على تحصيل مقصده، ولكن فيه إضاعة حق لآخر أو مفسدة أخرى.

هذه التقسيمات والأنواع، لم تخرج في بعدها العام عن إدراك العلاقة بين المقصد ووسيلته، وثبوت قصد المكلف إلى إسقاط المقصد الشرعي بوسيلة شرعية، ومن ثم جلب مصالح غير معتبرة، أو تفويت مصالح معتبرة كليا أو جزئيا، وبما أن مقصد الشرع كُلٌّ لا يتجزأ، فإن تخلف بعض جزئياته يعود على باقيها بالإبطال، إذ لا معنى لاعتبار بعض الجزئيات وإسقاط الباقي في الشريعة، فإما أن يتحقق المقصد كما أراده صاحب الشرع، وإما أن تُسلب المشروعية عن الفعل كله.

وقد أَوْلَى علماء الإسلام عموما والمالكية خصوصا الحيل عناية كبرى، ولا عجب أن صدر منهم ذلك، لأن استقراء أصول الشريعة وفروعها جعل هذا الأصل قطعيا، بحيث لا مناص للمفتي أو المجتهد أو الحاكم من اعتباره وهو ينظر في أفعال المكلفين وأحوالهم وواقعهم، وهم بهذا لم يزيدوا على أن جسدوا عظمة الإسلام ومرونته التشريعية التي لا شك أنها سر خلوده وصلاحيته لكل زمان ومكان.

3- علاقة الحيل بمبدأ اعتبار المآل

لقد أباح الشرع للمكلف أن يسعى لتحقيق مصالحه، وأن يدفع الضرر عن نفسه، لكن هل كل طريق يسلكه الكلف اعتبارا لهذا الحق هو مسلك معتبر شرعا؟

هذا سؤال يجد جوابه في ثنايا تعريف العلماء للحيل، رغم اختلاف تعابيرهم في ذلك، فكل تلك التعريفات اتفقت على أن الباعث هو المحرك لإرادة القصد إلى الفعل الذي يقوم به المكلف قاصدا منفعة نفسه، لكن هذا القصد ليس دائم الاعتبار من طرف الشرع، حتى ولو استجمع كل شروط الصحة الشرعية، وحتى ولو كانت وسيلته إلى هذا القصد سالمة الظاهر.

ذلك أن المكلف إذا ركب الصفة الشرعية لفعله من أجل الوصول إلى غاية تتعارض والقصد الشرعي من إعطائه هذا الحقأي السعي إلى ما فيه نفعه ـ، فإن هذه الصفة لا تشفع له في إضفاء المشروعية مادام القصد الباطني باطلا أصلا، لأن هذا الحق مجرد وسيلة لتحقق القصد الشرعي، ومن هنا يتقرر أن الباعث النفسي والنتيجة المادية لقصد المكلف هما الحاكمان ببقاء مشروعية تصرفه أو إبطاله كلية، إذ المعتبر في حكم الشرع أن يتوافق الظاهر مع الباطن، وهذا ما يؤيده الشاطبي حين يقول:« **ما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال؛ وإن كان الظاهر موافقًا والمصلحة مخالفة؛ فالفعل غير صحيح وغير مشروع، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها؛ فالذي عمل من**

ذلك على غير هذا الوضع؛ فليس على وضع المشروعات»[1].

لهذا فحكمة الشرع تأبى أن تكون أحكامه والحقوق التي منحها للمكلفين سبيلا إلى هدم مقاصده، وأن يكون مآل هذه المنحة الإلهية في نهاية الأمر وسيلة إلى التعسف على العباد.

من هنا تأتي علاقة قاعدة الحيل بمبدأ اعتبار المآل، فتحكيم المفتي لهذه القاعدة هو عمل بمقاصد الشريعة في الوقت ذاته، فما دام اتخاذ المباحات والحقوق وسيلة إلى تحصيل المفاسد الممنوعة، فلا مناص من أن يطبق المفتي قاعدة الشرع الحنيف باعتبار أن الحكمة من منح الحق أصبحت منتفية، وانتفاؤها يعني أن المكلف لم يعد له الحق في استعمال حقه ما دام هذا الحق مرتبطا بمصلحة أخرى ترجح على مصلحته هو، أي مصلحة من استُعمل الحق للإضرار به، فمتى ما صار قصد الشارع وسيلة عند المكلف إلى قصده هو صار ذلك نقضا لما أبرمه الشارع وهدما لما بناه[2].

وتبرز العلاقة بين المآل والحيل أكثر من خلال ذلك الترابط القائم بين سد الذرائع والمآلات، فما دام الشرع سَدَّ الذريعة نظرا لما تفضي إليه حتى ولو لم يكن المآل مقصودا للمكلف، فإن من باب أَوْلَى وأحرى أن يكون المنع مما قصد إليه المكلف مخالفا به ما وضع في أصل الشرع.

1- ينظر: الموافقات، 3 / 120 - 121.

2- ينظر: الموافقات، 3 / 31.

إن العلاقة بين الحيل واعتبار المآل لا تنفصل أبدا عن أصل العدل والمصلحة اللذين هما قوام التشريع، وقد عبر الدكتور عبد الرحمن السنوسي عن هذه العلاقة حين قال: «**إن المتصرف على هذا النحو- أي بالتحيل المذموم لن يكون بنجوة من حكم «العدل» و«المصلحة» لأنهما سيلاحقانه من خلال سلطة الاجتهاد المآلي التي تعلن فساد تصرفه، وتحكم ببطلانه، وتمنع إنفاذه، لأن أصول الشريعة المعصومة لا تفرق بين وقوع الفساد والضرر في الحال، وبين وقوعهما في المآل، فالكل فساد والجميع ضرر، وما كان كذلك يجب القضاء عليه بتعطيله وتلافيه، أو بتضييق دائرته وحسم مادته قبل استفحاله...**

وثمة وجه آخر للصلة بين الأصلين؛ تظهر في العلاقة الوطيدة بين «سد الذرائع» و«إبطال الحيل»، من حيث اشتراكهما في السياسة الوقائية التي تتكفل بمنع المفاسد قبل وقوعها؛ عبر التدخل الاحتياطي لتعطيل الوسائل غير المساوقة لمقاصد التصرفات، انطلاقا من مسلمات التشريع التي تقضي بومشروعية الوسائل وضرورة تجانسها مع مقاصدها، وإعطاء الوسائل حكم المقاصد في الاعتبار والإلغاء»[1].

ثانيا: العمل بقاعدة الحيل اعتبارا للمآل في فتاوى المعاملات المعاملة بنقيض القصد

المعاملة بنقيض القصد أحد المسالك التي يقوم عليها النظر المقاصدي عموما، ويستند إليها النظر المآلي، وذلك حين يتوسل

1- ينظر: اعتبار المآلات، ص:287.

المكلف بالأمر المشروع المأذون فيه إلى أمر يعلمه هو فيه مناقضة كلية أو جزئية لمقصد الشارع، وعلى هذا إذا ما دلت القرائن وشواهد الحال المحتفة بفعل المكلف على أن نيته هي بخلاف ما ينبغي أن تكون عليه حين إقدام المكلف على الفعل الذي أذن له الشرع فيه، فإن المفتي ملزم بالحكم على فساد فعله والحكم عليه بخلاف ما يقصده، وهذا لا يقف عليه إلا العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها[1].

المسألة الأولى: مسألة في امرأة أمتعت أباها دارها سنين ثم قام زوجها يرد فعلها

سئل الإمام أبو القاسم العبدوسي[2] عن امرأة أَمتعت أباها سنين مسماة في دار لا تملك سواها، أو هي أكثر من ثلثها، فقام زوجها يرد فعلها، وقال: تفويتها للمنافع تفويت للأصل،هل له لك؟ وتكون كمسألة الوصايا أم هي بخلافها لاستحقاق الورثة المال بموت الميت، والزوج إنما استحقاقه مرتقب، وهي لم تفوت أصلا.

فأجاب:

تصفحت سؤالك هذا، ووقفت عليه، وإن كانت أمتعته الدار السنين الكثيرة التي تستغرق مدة معترك زوجها، فتبين من فعلها أنها إنما قصدت إلى الإضرار به بتفويت الدار عليه، فله رد ذلك إن توفيت،

1- ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 3 / 69.

2 – هو الحافظ أبو القاسم عبد العزيز بن أبي عمران موسى بن معطي العبدوسي،توفي سنة 837 هـ. ترجمته في توشيح الديباج،ص:125، وشجرة النور،1 / 252.

ولا كلام له في ذلك ما دامت حية، وبالله التوفيق[1]..

وجه اعتبار المآل في النازلة:

يظهر وجه اعتبار المآل في هذه النازلة فيما يلي:

ـ **أولا**:النظرُ إلى قَصْدِ المرأة من إعمارها أباها دارَها كل تلك السنين، فتبَيَّنَ أنها ما أمتعت أباها منافعَ دارها إلا بغرض أن تَمنع الزوجَ استحقاقَه الإرث منها بعد وفاتها، ولهذا فرق بين حياتها ووفاتها، فحياتها تمنع زوجها من القيام عليها، وبقاء الأمر على ما هو عليه إلى موتها، قرينة على أن تفويتها منفعة دارها لأبيها إنما مآله إلى تفويت الأصل كما خشي الزوج، مع العلم أن مجرد الإمتاع لا يعتبر تمليكا ولا هبة، ولهذا كان للزوج أن يرد ذلك بعد وفاة الزوجة، خاصة إذا لم تكن أشهدت على أن قصدها كان هو الإمتاع، لأنها إذا لم تكن أشهدت على إمتاعها أباها، فهذا يعني أنها تختصه بالدار ولا يشاركه فيها أحد من الورثة، وخاصة أنها أمتعته سنين كثيرة.

ـ **ثانيا**:هذا التصرف من هذه المرأة وإن كان في أصله مشروعا، فإنه قد تعارضت فيه مصلحة الأصل مع مفسدة المآل، فألغيت الأولى واعتبرت الثانية ورُجِّحَت لأن مآلها هدم مصلحة اطرحتها المتحيلة لتصل إلى غاية غير مشروعة وهي حرمان زوجها من استحقاقه نصيبه منها.

1 – ينظر: المعيار المعرب، 9 / 140.

ـ **ثالثا**: يكون إمتاع المرأة أباها وسكوتها عنه كل تلك السنين قرينة على القصد السيء، لأن إمتاعها له لم تقصد به قصد البر الذي هو حق الوالد على ولده بل قصدت غير ذلك مما يناقض المقصد الشرعي، والتضاد بين القصدين واضح.

المسألة الثانية: مسألة في مقاصة بين امرأة وابنتها

سئل ابن زيتون[1] عن امرأة ليس لها إلا ابنة واحدة، فباعت من ابنتها نصف النصف الذي على ملكها من الدار الفلانية بمائة دينار حالة، ذكرت أنها قاصَّتها من ذلك بستين دينارا فيها خمسون دينارا كانت الأم التزمتها من مطلِّق ابنتها قبل البناء، وذلك في ما ذكرت الأم من غير إبراز الصداق الذي ذكرت أن ذلك الالتزام كان فيه، والعشرة الباقية من الستين ذكرت أن ذلك من سلف لابنتها، واعترفت بقبض عشرين دينارا، وعشرون باقية في ذمة المشترية، فماتت البائعة بعد نحو عشرة أعوام فورثتها ابنتها المذكورة وعصبتها، فطعن العصبة الآن في البيع وأنه توليج إذ لم تزل البائعة ساكنة في الدار إلى موتها، وأن ثمن البيع في غبن كثير، وأنها إنما أرادت البعد عن العصبة والميل للابنة، واستظهرت الابنة بعقد تضمن إشهاد الأم بأنها النفقة عليها في جميع مدتها منذ عشرة أعوام متقدمة ومتمادية على ذلك لترجع به عليها متى أحبت، وقال العصبة ورثة الأم: إنها لم تكن محتاجة لابنتها بل الابنة

1- هو الإمام تقي الدين أبو أحمد بن أبي بكر بن مسافر بن أبي بكر بن أحمد بن عبد الرفيع اليمني المالكي المعروف بابن زيتون، توفي سنة 691 هـ. انظر ترجمته في: الديباج المذهب، 1 / 275، وشجرة النور الزكية، 1 / 193.

محتاجة إليها، وأن ما أشهدت به الأم توليجا[1] من العصبة، فهل لهم مقال أم لا ؟

فأجاب:

لإقرار الأم بدين عليها للابنة في صحتها نافذ إلا أن تكون الابنة المُقَرُّ لها غيرَ معروفةٍ بكسب ولا فائدة من ميراث أو غيره، وأقرت لها بحال ما يشبه البنت، فإقرارها توليج، وإن أقرت بما يشبه حال البنت ووقع البيع بما لا يشبه أن يكون ثمنا للبيع أو يشبه ولم يعاين البينة الثمن كما ذكر في السؤال، ولم يزل المبيع في يد البائعة إلى مدتها، فهو توليج[2].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

الأصل أن «كل بالغ حر جائز الفعل رشيد فإقراره جائز على نفسه في كل ما يقر به في ماله في صحته...وكل من أقر لوارث أو غير وارث في صحته بشيء من الأموال والديون أو البراءة أو قبض أثمان المبيعات فإقراره جائز عليه لا تلحقه فيه تهمة ولا يظن به توليج»[3]، لكن ليس كل فعل يوقعه المكلف سالما من التهمة، وعلى هذا أسس الإمام ابن زيتون: فتواه هذه، فقد ابتدأ فتواه أولا باعتبار الأصل، وهو أن تصرف

1- التوليج هو هبة في صورة البيع لإسقاط كلفة الحوز أو لغير ذلك من الأغراض، انظر شرح ميارة على التحفة بحاشية ابن رحال المعداني عليه، 2 / 18، وحاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي على لامية الزقاق، ص: 302.

2- ينظر: فتاوى البرزلي، جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، 3 / 108، و4 / 348.

3- ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر، ص: 457.

الأم في أصله محمول على السداد والجواز، إلا أن فعلها أحاطت به قرائن دلت على قصد الفاسد، ونية في استعمال حق الإقرار الذي منحه الشرع في غير ما شرع له، وهذه القرائن هي:

ـ **أولا**: المقاصة التي وقعت بين الأم وابنتها، وفيها الخمسون دينارا التي التزمتها الأم من مطلق ابنتها ولم تقم حجة عليها.

ـ **ثانيا**: أنها أسقطت من الستين عشرة دنانير ادعت أنها سلف لابنتها ولا دليل على ذلك أيضا.

ـ **ثالثا**: أن الأم بقيت ساكنة الدار موضوع البيع بعد عقد البيع وذلك بقصد إبطال الحيازة، ونصوص المذهب تبطل هذا التصرف[1]، خاصة وأن البيع لم يتضمن معاينة القبض، وبذلك جاءت الرواية عن ابن القاسم: «سئل مالك رضي الله تعالى عنه عمن أشهد في صحته إني قد بعت منزلي هذا من امرأتي أو ابني أو وارثي بمال عظيم ولم ير أحد من الشهود الثمن ولم يزل بيد البائع إلى أن مات فقال: لا يجوز هذا وليس بيعا وإنما هو توليج وخديعة ووصية لوارث « وهذا نص في النازلة.

ـ **رابعا**: أن الثمن المسمى بين الأم وابنتها لا يبلغ أن يكون قيمة نصيب الأم فيها.

ـ **خامسا**: إقرار الأم بالتزام ابنتها النفقة عليها طيلة عشرة أعوام.

ـ **سادسا**: حال البنت لا يمكن معه بحال أن تدفع القيمة المسماة لما

1- ينظر: البيان والتحصيل، لابن رشد، 13 / 368، ومنح الجليل لعليش، 6 / 430.

ثبت أنها كانت محتاجة لأمها.

كل هذه القرائن تفيد وجود القصد الفاسد في استعمال هذا الحق الذي سمح به الشرع، ألا وهو حق الإقرار، لكن هذا استعمال هذا الحق صار ذريعة إلى الإضرار بالورثة، وحيلة بإيقاعه في صورة معاوضة مشروعة تفتقر إلى الحوز ولا يلام فيها غالبا، فكانت المعاملة بنقيض القصد هي سبيل منع المآل الضرري الذي سيقع على الورثة من وراء هذا التوليج الذي قصدت إليه الأم، وبهذا فالفقيه حكمعلى فعل هذه المرأة بالمنع، لأنها اتخذت وسيلة مباحة إلى مقصد حرام والقاعدة تقرر أنه: إذا سقطت المقاصد سقطت الوسائل.

المسألة الثالثة: فتوى في التصيير

سئل بعض الفقهاء[1] عن رَجُل وَهَبَ لابنة له صغيرة دارا واحتازها لها هِبَةً[2] تامة صحيحة، ثم إنه بعد ذلك أشهد على نفسه أنه صيرها إليه تصييرا ناجزا، وقَبَضَ عنها مائة مثقال كانت للابنة عنده من غَزْلٍ غَزَلَتْهُ ومن غير ذلك مما اجتمع لها عنده.

فأجاب: «.. التصيير اعتصار[3] والدار تكرى للابنة بالتصيير،

1 – ذكر الشيخ ميارة أن المسؤول هنا هو الإمام ابن الحاج رحمه الله نقلا من مسائله، انظر شرح تحفة الحكام للشيخ ميارة، 2 / 269

2 – الهبة: عرفها الشيخ خليل بقوله: «تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة» مختصر خليل،ص: 214، وقال ابن عرفة: «الْهِبَةُ لَا لِثَوَابٍ تَمْلِيكُ ذِي مَنْفَعَةٍ لِوَجْهِ الْمُعْطَى بِغَيْرِ عِوَضٍ»، شرح حدود ابن عرفة،2 / 552.

3 – الاعتصار: ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطى، شرح حدود ابن عرفة 2 / 559، وهو من الألفاظ الشائعة في كتب المالكية، أما غيرهم من أهل المذاهب الأخرى فيطلقون عليه: الرجوع في الهبة.

ويحتاج في هذا أن يعرف أن الإبنة كانت ممن تغزل الغزل الكثير كغزل الذهب وما أشبهه الذي يجتمع لها من هذا المقدار، أو يعرف أنها ورثت من أمها أو من غيرها مالا، فأما إذا لم يعرف ذلك فهذا التصيير اعتصار، ثم يكون كهبة أخرى بعد أن اعتصرها، فإن حاز لها أو حازت لنفسها إن كانت ممن تحوز صحت لها الهبة التي كنى عنها بالتصيير، وإلا سقطت، ويكون ذكر الذهب لغوا، ويكون الأب كأنه قصد إلى أن يحول الدار من الهبة إلى البيع ليسكنها ولا يحتاج إلى حيازتها لها [1].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

هذه النازلة هي من باب السابقة، ووجه مراعاة المآل في هذه الفتوى:

1ـ أن المفتي نظر إلى قصد الأب من تصييره الدار بعد أن كان قد وهبها لابنته ذلك أنه انتقل من مشروع إلى مشروع، فوهب داره لها، ثم عاد فتصيرها منها باعتصاره لهبته منها، لكنه احتاج في ذلك أن يتوسل بالبيع كأمر مشروع كذلك، وبما أن التصيير يفتقر إلى الحيازة [2]، فإنه

1 – ينظر: المعيار المعرب، 9 / 128.

2 – على اختلاف بين مالكية المغرب في اشتراط الحوز في التصيير، فقد أفتى الإمام أبو سالم اليزناسني بعدم افتقاره إلى الحيازة، وهو بيع من البيوع، وخالفه العبدوسي في فتواه، وقرر المتيطي أن افتقاره إلى الحيازة هو مشهور المذهب وما جرى به العمل، وخاصة إذا كان الدين المصير فيه ثابتا بالبينة فلا يفتقر التصيير إلى حيازة لأنه معاوضة وإن لم يكن ثابتا فيفتقر للحوز للتهمة إلى قصد الهبة والتحيل على إسقاط الحيازة، وهذا أصل النظر في المسألة الثابتة في المتن أعلاه، انظر ميارة على التحفة،2 / 129، وانظر فتوى اليزناسني في المعيار المعرب، 5 / 146..

انفك من هذا الشرط بأن حَوَّلَ مُعاملته لها من الهبة إلى البيع لِيَسْكُنَ الدار دون أن يحتاج ذلك حيازتَه الدار لابنته، فانتقل الأمر من سَبَبِ حُكْمٍ إلى سبب آخروهذا هو عين مفهوم الحيلة، إذ هدم بفعله أصلا شرعيا وناقض مصلحة شرعية[1]، والتحيل على الأحكام الشرعية باطل على الجملة نظرا إلى المآل[2].

2ـ ما يقويمظنة التهمة وقصد التحيل، هو ادعاؤه أنه قبض من ابنته مائة مثقال، ولذلك فإن ابن الحاج[3] فصل في المسألة وراعى حال البنت، فإن كانت ممن يُعرف أن له مالا أو ممن له كَسْبٌ، فالتهمة مدفوعة عن الأب، وإن كانت غير ذلك فالتهمة قوية لكثرة وقوع ذلك، ثم إن الأب لم يُثبت القبضَ للثمن، وهذا مما يُستراب فيه، ويظن به القصد إلى الخديعة، وهذه صورة أخرى للتوليج الذي هو الهبة في صورة البيع لإسقاط كلفة الحوز في البيع والافتقار إليه في الهبة[4].

وقد نقل ابن أبي زيد في نوادره أنه إذا أشهد أنه باع من ولده هذه الدار بكذا وكذا دينارا، أو كانت له في يديه من ميراث له أو عطية، أو مما يذكر فذلك جائز، إذا ذَكَرَ لذلك سَبباً وَوَجْهاً، يجوز للصغير والكبير إذا حلف الكبير، وإن لم يُعرف ما قال، ولم يَذكر للمال سببا يُعرف لم يَجُز ذلك على وجه البيع، ويصير معناه معنى العطية فيما

1- ينظر الموافقات، 3 / 124.

2- ينظر الموافقات، 5 / 188.

3 – هو أبو عبد الله محمد بن محمد العبدري الفاسي، المعروف بابن الحاج، توفي سنة: 737 هـ. ترجمته في: الديباج، 2 / 255، وشجرة النور، 1 / 218.

4 – ينظر: شرح ميارة على التحفة، 2 / 30.

حِيزَ وفيما لم يُحَز.[1]».

المسألة الرابعة:تشوير[2] اليتيمة

سئل أبو الحسن الصغير[3] عن يتيمة كان عليها أخوها مقدما ولها عقار، فلما تزوجت شَوَّرَهَا من مالها وأشهد أن كل ما شورها به إنما هو من ماله، وأنه سَلَفٌ حتى يَرجع له في عقارها، فبقي ذلك نحو خمسة عشر عاما ثم رَشَدت البنت، وبقي بعد ترشيدها سنين، فباعت له البنت ذلك العقار، واقتطع من مالها ما شورها به

فأجاب:«البيع نافذ والمقاصة صحيحة، وما شورها به ثابت لكونه أشهد عند الإخراج، وهو سلف، قال: وإنما تُجُوز بقوله: بقي بعد الترشيد مدة خيفة أن يرشدها فتبيع منه بالفور، فها هنا يتهم أنه إنما رشدها للبيع»[4].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

فبالنظر إلى النازلة يلاحظ تحكيم الظن المعتبر الغالب، فحين يُتهم الأخ أنه ما رشد أخته إلا للبيع، فالقصد إذن فاسد مع أن الفعل

1 – النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبن أبي زيد القيرواني، 12 / 170. وانظر ميارة على التحفة، 2 / 269.

2لم أجد في كتب المالكية ما يفيد معنى التشوير، لكن بتأمل بعض السياقات التي ورد فيه هذا المصطلح تبين لي أن المقصود هو تجهيز المرأة أو البنت للزواج. مثلا جاء في البهجة:«وللأب تشوير اليتيمة بمالها وتباع أصولها في ذلك وأولى غيرها حيث كان عليها معرة في ترك الجهاز على ما به العمل» ينظر: 1 / 443، ومواهب الجليل 5 / 215 فما بعدها.

3 – هو أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي الشهير بالصُّغَيِّر توفي سنة: 719 هـ. انظر ترجمته في الديباج المذهب،1 / 93،وشجرة النور، 1 / 215.

4 – ينظر: المعيار المعرب، للونشريسي، 6 / 110.

في الأصل صحيح، بدليل أن أبا الحسن قرر ابتداء نفاذ البيع وصحة المقاصة، ومن ثم قال: « فها هنا يتهم...»، وقال: «فإذا ثبت بعد ذلك سفهها سقط البيع للتهمة المذكورة ».

.المسألة الخامسة: امتناعُ من باع شِقصه عن قَبْضِ الثمن حتى انصرام المدة الشرعية

سئل المهدي الوزاني: عن بائع شقصه منع الشفيع من الأخذ بالشفعة بدعوى انصرام السنة، وقد شَهدَ للشفيع عدلان بأنه كان يتردد على الشهود مُقِرّاً على نفسه بأخذ المشفوع فيه وطالبا إحضارَ المَواجب وتصفيتها ليُحضِرَ الثمن المشفوع به، لكن البائع كان يماطل.

فأجاب:

حيث أقر بائع الشِّقص المشفوع بالبيع ولكن منع الشفيع من الأخذ بالشفعة لكون السنة مرت بكثير، مع كون الشفيع شهد له عدلان مقبولان شرعا بأنه منذ وقع البيع بين البائع والمشتري وهو يتردد لدى الشهود، مشهدا أنه أخذ الشقص المبيع، وطالبا إحضار المواجب وتصفيتها ليحضر المال المشفوع به، والبائع يماطله في ذلك، فإن شفعته لا تسقط وإن طال الأمد، لأنه مغلوب على التأخير ومقهور عليه... ونص المقصود منه: إن كان الحال على ما وصفت من امتناع المشتري من قبض الثمن استعصاء وتمنعا من تمكين الشفيع من شفعته بعد وجوبها له فهي صحيحة، لأن منعه للشفيع باستيلائه على ما دخل في ملكه بإحضاره للثمن من جملة الغصب، والغاصب يَرُدُّ

غَلَّةَ ما استعمل، فإن كان المنازِع للقاضي من أهل التَّغلب من غير حُجة أبداها فلا يلتفت لقوله، وإن كان المنازع من أهل الفقه والعلم في المسألة فلا يتم الكلام في المسألة إلا بعد الاطلاع على ما عنده وفهم حجته التي يحتج بها، فيجب أن يُعلِمنا بها لننظر في حاصلها حتى يمكن من قبولها أو ردها... وتقدم له نقلا عن بعضهم أن هذا من حِيَل أهل اللَّد والخصومات، وحينئذ فلا يُمَكَّنُون من ذلك ويُمنعون منه ويعاملون بنقيض مقصودهم»[1].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

يقوم النظر في المآل في هذه النازلة على ما يلي:

- **أولا**: ثبوت القصد الفاسد من المشتري بامتناعه واستعصائه عن قبض الثمن من الشفيع وتماطله في ذلك إلى أجل بعيد، مع علمه أن الأمد الشرعي في الشفعة هو حولان الحول[2]، فامتناعه عن القبض قرينة على أنه يريد إسقاط حق الشفيع في الشفعة.

- **ثانيا**: ثبوت أن الشفيع لم يشفع لأنه مغلوب على التأخير ومقهور عليه.

- **ثالثا**: بما أن الشفيع متضرر من تماطل المشتري، فرفع الضرر واجب شرعا لأن «الضرر يزال»، وبما أن المشتري ثبت قصده الفاسد من التماطل الذي لا موجب شرعي له، فإن إعمال قاعدة «المعاملة

1- ينظر: النوازل الكبرى، 7/ 389 - 390.

2- ينظر: الكافي لابن عبد البر، ص:441.

بنقيض المقصود الفاسد» واجب كذلك، فروعي هنا مآل الضرر اللاحق بالشفيع وقد أحضر الثمن وصار وجوبا أن ينتقل المشفوع فيه إلى ملكه، وروعي أيضا أن تماطل المشتري استحال إلى غصب، فيعامل المشتري هنا معاملة الغاصبن وحكم الغاصب أن يرد غلة ما اغتل، وتترتب عليه كل أحكام الغصب من هلاك المشفوع فيه في يده أو تضرره، ووجوب ضمانه عليه.

لهذا يفتي الإمام الوزاني بعدم سقوط الشفعة ولو مرت السنة، لأن هذا كان تحيلا من المشتري ليقطع به حق الشفيع في الشفعة، ورغبة في قلب الحكم الشرعي وإسقاط الواجب عليه من الأحكام.

المسألة السادسة: مسألة في الشركة

سئل أبو الضياء مصباح: عن أخوين شقيقين لهما أخت في حجر أحدهما بتقديم القاضي إياه عليها، فاشترى كل واحد منهما أرضا لنفسه ولأحدهما وهو غير المقدم دين من دراهم على رجل أجنبي، فأشرك الأخ الذي لا دين له فيما ابتاعه من الأرض في الدين الذي له على الأجنبي، وأشرك الأخ الذي لا دين له أخاه المذكور وأخته التي في حجره فيما ابتاعه من الأرض وشرط في مشاركته لأخته أن تبرئه إذا رشدت، وذلك كله في عقد واحد تاريخه منذ ستة أعوام، والأخت المذكورة في حجر أخيها إلى الآن.

فهل تصح هذه المشاركة في حق جميعهم؟ أم تبطل في حق جميعهم؟ أم تصح في حق الأخوين دون الأخت ؟.

فأجاب:

«أكرمكم الله تعالى، إذا كان الأمر على ما ذكرتموه، فعقد الشركة المذكورة فاسد يجب فسخه عن كانت الأرض المشتركة لم تفت بغرس ولا بناء ولا تفويت من بيع وشبهه، ففسدت شركة الأخ الذي اشترك مع أخته بشرط أن تبرئه إن رشدت، لأن ذلك يتضمن خيارها إن رشدت، فهو خيار إلى أجل مجهول، والشركة بيع يفسدها ما يفسد البيع، وفسد عقد الأخ الآخر بالمقارنة للعقد الفاسد، وإلى هذا ذهب مالك في المدونة أن الصفقة إذا جمعت حلالا وحراما فسد جميعها خلافا لرواية ابن القصار أنه يمضي منها الحلال، وبالله تعالى التوفيق»[1].

هذه الفتوى جمعت بين حكمين :

ـ **أولهما**: الحكم بفساد عقد الأخ الأول لسببين:

ـ **السبب الأول**، هو القصد الفاسد الذي قصد إليه الأخ الأول، وذلك بأن أشرك أخته معه كيما تبرئه، وقد مر معنا أن العمل بالقصود والنيات وإن كانت مضمرة هو من مقتضيات النظر في مآلات الأفعال وتنزيل الأحكام، وقصد الأخ هنا احتيال، والاحتيال في الشرع مردود، وبذلك فسد العقد لاقترانه بشرط يوجب فساده، وهو من الشروط المبطلة للعقود.

ـ**أما السبب الثاني**، فتعلق العقد بخيار الأخت، ومدة الخيار مجهولة،

1- ينظر: المعيار المعرب، 5 / 165 – 166.

والمذهب أنه لا يجوز في شيء أن تكون مدة الخيار فيه مجهولة[1]، كما أنه لا يؤمن أن لا تبلغ البنت راشدة، ولا تضمن المدة التي تقضيها البنت إلى أن ترشد

ـ **ثانيهما:** أن الأخ الثاني قد بُني عَقده على فساد عَقد أخيه، وما بني على فاسد فهو فاسد، على الرغم من أن عقده استوفى شروط الصحة، فقد أعطي الحلال حكم الحرام تغليبا واحتياطا[2]ولا يعني ذلك صيرورته في نفسه حراما.

أما مناط الحكم هنا فهو استبراءُ المفتي للمكلفين، ووجه مراعاة المآل هو العمل بقاعدة: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام[3]، ذلك أن مشهور مذهب مالك أن الصفقة إذا جمعت حلالا وحراما بطل جميعها[4]، فاختلاط الحلال بالحرام هنا لا يمكن معه التحرز من الحرام وتجويز الحلال، فلا يمضى عقد الأخ الثاني إلا متعلقا بعقد الأخ الأول الذي أراد نفع نفسه بالإضرار بأخيه وأخته.

فالقول بتجويز هذه المعاملة إذن مآله إلى إسقاط حق الأخت فيما لها على أخيها، وهذا إضرار بها، والضرر مرفوع شرعا، وقد يُعترض على هذا القول بأن تغليب الحرام إضرار بالأخ الثاني، لكن يُجاب عليه بأن الموازنة بين حال الأخت وحال الأخ، أن الأخ تتحصل له

1- ينظر: شرح ميارة على التحفة، 2 / 5.

2- ينظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص: 116.

3- ينظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي، 1 / 401،والأشباه والنظائر لابن نجيم،ص:109.

4- ينظر: الاستذكار1 / 315، والتاج والإكليل، 4 / 275، وحاشية الدسوقي 3 / 15، وبلغة السالك 3 / 218.

منفعة لا بد أن تقوم على مفسدة تصيب الأخت، وجانب المفسدة هنا أرجح.

ولربما هذا النظر هو الذي ذهبت إليه فتوى ابن القصار فهي تراعي المآل من وجه آخر، ذلك أن ابن القصار نظر إلى مصلحة الأخ الآخر التي ستفوتبمنع الصفقة بالكلية، ومن ثم فالحكم بإمضاء الحلال منها ومنع الفاسد هو عين مراعاة المآل[1].

والاختلاف هنا مرده إلى أن إلحاق الوقائعبالأحكام العامة المجردة يحتاج إلى اجتهاد في تحقيق مناط الحكم المجرد في الواقعة، وهو مما تختلف فيه وجهات النظر، ويترتب عليه اشتباه محل الحكم والصفات التي تناط بها الأحكام.

المسألة السابعة: من باع ولده في مرض جنة بأقل من ثمنها وعوده في البيع بعد صحته

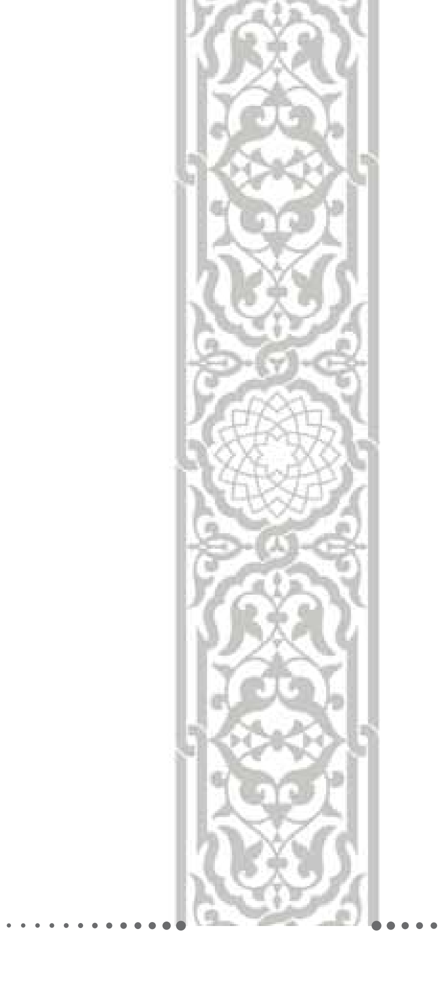
جاء في نوازل الوزاني: «أن والدا مريضا أشهد في مرضه أنه باع لأحد بنيه نصف جنة له بعدد من الذهب، إلا أنها تساوي أكثر، فلما صح البائع ادعى أن جميع ما كان فعله مع ابنه إنما هو لحسد بعض الورثة، وادعى رجوع الذهب لولده، وأن ذلك إنما كان مجازا واحتياطا لموته، فأنكر الولد ذلك كله، فهنا البيع ماض على الأب ولا تقبل دعواه ولا تتوجه على الولد يمين»[2].

1- هناك فتوى مماثلة في تغليب الحلال على الحرام في المعيار أفتى بها أبو محمد صالح الهسكوري، وابن لبابة. المعيار، 6 / 180ـ181

2 – المعيار الجديد، للمهدي الوزاني، 5 / 75.

وجه اعتبار المآل في النازلة:

قصد الأب ها هنا ظاهر، وهو الاحتيال على الشرع والافتئات عليه، وصورة المناقضة واضحة، ومن هنا كان لقاعدة المعاملة بنقيض القصد مدخلها الشرعي في النظر في هذه النازلة، فيسقط اليمين عن الولد، ويلزم الأب بما كان أمضاه باعترافه من بيع حال مرضه دون اعتبار دعواه انه ما قصد إلا المضارة،ذلك أن الأب في النازلة الأولى عمد إلى المناقضة من خلال أنه احتال في إسقاط حق ورثة، ومن ثم كان الحكم معاقبته بمنعه من دعواه، وهذا عين المصلحة والعدل.



الفصل الثالث

الاستحسان وإعماله اعتبارا للمآل في فتاوى المعاملات

مقدمة نظرية

الاستحسان، أحد المباحث الأصولية التي أسال فيها العلماء بحورا من المداد، وسودوا فيها آلاف الصفحات، بين معتبر له في أصل التشريع، وبين مبطل غير معتبر له بدعوى أنه نوع من الجرأة على القول على الله، وأن «من استحسن فقد شرع»[1]، وبين القول الأول والقول الثاني تعددت التفسيرات والتأويلات، واختلفت بين أصحاب الاتجاه الواحد فيمعناه وطبيعته الأصولية.

ولا معنى لهذا الاختلاف بينهم لو لم يكن للاستحسان حضور في الصدر الأول، إذ لا إشكال أصلا في أن الشرع قد استحسن، لكن دعوى الاستحسان عند القائلين به لا تقف عند اعتبار ما اعتبره الشرع بالنص عليه حسنا، بل إن اعتبار الشرع نصا له يوجب اعتباره في كل ما ينزل بالمكلفين وكان له ما يوجبه من مقتضيات وعوارض وملابسات محيطة بفعل المكلف وتمثل جزءا من الواقع الذي تنزل عليه أحكام الشرع ومقاصده، خاصة وأنه يجسد التيسير ورفع الحرج ومبدأ العدل والمصلحة، وكل هذه هي المقاصد الجوهرية للشريعة، ومعنى الاستحسان في أغلب الأحوال هو الالتفات إلى العدل والمصلحة[2].

وبما أن المجتهد المفتي «ناظر في المآلات قبل الجواب عن

1- ينظر: الإحكام في اصول الأحكام، لسيف الدين الآمدي،4 / 162. والمنخول في الاصول للغزالي،ص: 467، والأشباه والنظائر، للتاج السبكي، 2 / 196.

2- ينظر: بداية المجتهد، 2 / 324.

السؤالات»[1]، وأن الغاية هي أن يقع القصد من المكلف موافقا للقصد الذي قصده الشارع، فإن ذلك يستلزم وجوبا أن يكون لهذا النظر مقوماته الأصولية والمقصدية، وهذا الاستلزام في ذاته استلزام عن أمر آخر، وهو قاعدة المصالح والمفاسد التي عليها مدار التكليف الشرعي.

وكما مر في سد الذرائع، فإن أصل الاستحسان كما سيظهر لاحقا ما هو إلا موازنة يقوم بها المجتهد بين ما يحيط بالمكلف من مصلحة ومفسدة تتعارضان بينهما وتتجاذبانه، فيكون الحكم بالاستحسان لما غلب منها، والمقصود أن الحكم بالاستحسان يكون تبعا لغلبة المصلحة أو غلبة المفسدة، فإذا كانت المصلحة هي الغالبة، وكانت أكبر من المفسدة التي يراد تجنبها كان الحكم بجواز الفعل أمرا حتما، وكان لا بد من فتح الذريعة إليه بالاستحسان على اعتبار أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، فيجب إذن أن يتغير الفعل من صعوبة إلى سهولة، ومن مشقة إلي تيسير ومن منع إلى ترخيص للعارض المعتبر شرعا والضرورة التي اقتضت ذلك[2].

والعوارض الموجبة للاستحسان، والتي تعرض للمكلف والمفتي على حد سواء لها حظها من الاعتبار، ما دامت نصوص الشرع قد دلت على أن القصد من التشريع ليس هو العنت، فقد قال الله عزوجل

1- ينظر: الموافقات، 5 / 233.

2- ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، لابن عاشور، ص:380.

﴿وَلَوۡ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعۡنَتَكُمۡۚ﴾[1]، ومن البداهة أن يكون لهذا الاعتبار شروطه التي لا يقع العدول عن الحكم الأصليوالذي هو طبيعة الاستحساناإلى حكم آخر إلا إذا توافرت مجتمعة ولم يتخلف واحد منها.

فتنزيل الأحكام على واقع المكلف لا يأتي نمطيا أو اعتباطيا، أو بموجب الاقتضاء الأصلي فقط، بل إن تنزيل الأحكام يكون مع اعتبار المآل معيارا لمشروعية الفعل[2]، وليس هذا هروبا من الأحكام أو تحايلا عليها بل هو صميم النظر المصلحي الذي أوجبه الشرع، والذي ويجب مراعاة الاستثناءات وتجاوز المقتضى الأصلي للحكم الظني أحيانا إذا كانت نتيجة التمسك به في المآل أن يضيع مقصدٌ كلي من مقاصد الشريعة، ومما تواردت عليه أفعال العقلاء أنه لا يُفَوَّتُ قطعي للحفاظ على أمر ظني قد يكون حقيقيا وقد يكون متوهَّما.

إن الاستحسان كقاعدة مآليةكما سيظهرهو فقط وبكل بساطة تطبيق لارتباط الأسباب بمسبباتها، و«وضع الأسباب يستلزم قصد الواضعالذي هو الشارع الحكيمإلى المسببات»[3]، وبما أن الأمر على هذا النحو، فيلزم الالتفات إلى تحصيل المسببات ما دامت أسبابها هي مقصود الشارع، ومصلحة المكلف هي القصد فوجب أن يعتبر أن يكون سببا إليها.

1- سورة البقرة الآية 220
2- ينظر: اعتبار المآلات للسنوسي، ص:312.
3- ينظر: الموافقات، 1 / 311.

والمذاهب الفقهية التي قالت بالاستحسان على تفاوت بينها في المفهوم والتصورإنما التفتت إلى هذه الملمح، ولكن المذهب المالكي أكثر خصوصية من غيره في اعتبار الاستحسان، خاصة وأن مفهوم الاستحسان عندهرغم الاختلاف الذي بين أعلامه يتأسس على قواعد مستنبطة من الشرع نصا وروحا، ولا يعني هذا أن المذهب الحنفي مثلا على خلافه، لكن تطبيقات العمل بالاستحسان عند علماء المالكية تبين أن تصوره عندهم قد بلغ حدا كبيرا من النضج والواقعية، خاصة أن انبناءه عندهم هو على المصلحة والضرورة والعرف ومراعاة الخلاف، وكلها لها أثر في تحقيق المناط الذي هو آلية عمل المجتهد للحد من غلو القياس كما سيأتي مراعاة لما يصلح للناس[1]، ليكون عمله ألصق بالمصلحة وأقرب إلى المآل السليم.

أولا: مفهوم الاستحسان

١ - الاستحسان لغة:

أصل كلمة الاستحسان من الحُسْن، والحسن ضد القبح، والمحاسن من الإنسان ضد المساوئ[2].

وهو عبارة عن كل مبهج مرغوب فيه، وذلك على ثلاثة أضرب، مستحسن من جهة العقل، ومستحسن من جهة الهوى، ومستحسن

1- ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 117، للدكتور فتحي الدريني، وله أيضا: بحوث مقارنة في أصول الفقه، 1 / 121.

2 - معجم مقاييس اللغة لابن فارس،2 / 57، مادة (حسن).

من جهة الحس[1]، فهو ما يميل إليه الإنسان ويهواه، حسيا كان هذا الشيء أو معنويا، وإن كان مستقبحا عند غيره[2].

وعموما، فإن كل المعاجم اللغوية تدور حول أن الاستحسان هو عد الشيء حسنا، نقول استحسنت كذا، أي اعتقدته حسنا.

2 – الاستحسان اصطلاحا:

الاستحسان من أكثر مصادر التشريع الإسلامي التي وقع فيها الجدل بين أئمة المذاهب الفقهية، والمدارس الأصولية، بين آخذ به وراد له، وحتى الذين أخذوا به اختلفت عباراتهم في تعريفه ووضع حد له، فلم يحصل بينهم توافق في حقيقته ومفهومه، وخاصة بين المالكية والحنفية الذين هم أكثر أهل المذهب عملا بالاستحسان.

وقد اختلف المالكية رحمهم الله في حد للاستحسان، وتعددت عباراتهم في ذلك كما اختلفت عبارات الحنفية[3]، وإن كان اختلافهم في العبارات أقل بالنظر إلى الحنفية.

---

1 – مفردات الراغب،1 / 234، مادة (حسن).

2 – لسان العرب لابن منظور، مادة (حسن) 13 / 117 .

3 – يعلل الدكتور الباحسين اختلاف التعابير عند الأحناف والمالكية، بأن كل من عرفه نظر إليه من زوايا بعض الفروع التي تأملها، فجاءت التعاريف متلائمة مع النظرة الجزئية، ولو أن كل من عرفه نظر إليه كنظرية قائمة بذاتها، وكمفهوم كلي يتحقق في أفراده عند تحقق معنى من المعاني يثبت بالأدلة، لكانت تعاريفهم أكثر التقاء، فهي تكاد جميعها تتفق على أن في الاستحسان تركا، وإن كانت وسائل التعبير مختلفة، فمنها ما عبر بالترك، ومنها ما عبر بالعدول، ومنها ما عبر بالتخصيص، أو أية وسيلة أخرى.انظر كتابه:«رفع الحرج في الشريعة الإسلامية» ليعقوب الباحسين،ص: 286.

أ- الاستحسان عند الحنفية:

لن يدخل البحث هنا في عمق معنى الاستحسان عند الحنفية، لكن سنكتفي فقطنظرا لتوجه البحث بالإشارة إلى الخلاف الذي وقع عندهم في معناه، وتعريج البحث على هذه النقطة لأمرين:

- أولهما: خدمة مقصود البحث وموضوعه.

- ثانيهما: التأكيد على أن مفهوم الاستحسان عند الحنفية هو قريب في معناه إلى ما استقر عند المالكية كما سيأتي، والدليل على ذلك مقولة الإمام أبي بكر بن العربي: «الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين»[4]، فالمسألة عندهم تقوم على الترجيح بين الأدلة لا مجرد انقداح الحكم في ذهن المجتهد دون معرفة مدركه، مع وجوب إدراك أن القواعد في زمن الأئمة لم يقر قرارها على حد معين عينه صاحب المذهب، وأن التعريفات والحدود وضعت من قبل أتباعهم لا من قبلهم، ولا يخفى ما يمكن أن يكون للتعصب المذهبي من أثر في وضع الحدود في مذهب ما والرجوع بالنقض على المخالفين من أهل المذاهب الأخرى فيما ذهبوا إليه من تعريف لنفس الاصطلاح، وهذا ما وقع لكثير من الشافعية الذين شنعوا على أهل الاستحسان بدءا، وبعد ذلك سلموا أن الاستحسان الذي شنعوا عليه والذي هو اتباع الهوى وانقداح الحكم في الذهن بلا دليل هو أمر لا يقول به فقيه[5]، وسواء أن يكون الاستحسان عند الأحناف تخصيصا لعموم

4 - ينظر: أحكام القرءان لأبي بكر بن العربي، 3/ 420.

5- ينظر: أصول الفقه، لمصطفى شلبي، 1 / 256. دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة

القياس، أو أن يكون عدولا في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوى يقتضي هذا العدول»[1]، فإن الاستحسان عندهم له بعد مقصدي، لكن معناه الثاني عندهم هو الأنسب لتطبيقاته في فروعهم لما يوجبه ذلك من عدول عن القياس إذا كان سيؤدي إلى خلاف مقصود الشرع ومعناه[2]، وهذا ما يناسب منحى المالكية كما سيأتي.

ب – الاستحسان عند المالكية:

– قال الباجي:«وقد اختلفت تأويلات أصحابنا في الاستحسان، فذهب محمد بن خويز منداد إلى أنه:«الأخذ بأقوى الدليلين»[3].

وذكر في الحدود:«أن يرى طرد القياس يؤدي إلى غلو ومبالغة في الحكم، ويستحسن في بعض المواضع مخالفة القياس لمعنى يختص به ذلك الوضع من تخفيف أو مقارنة»[4].

– وقال ابن العربي:«الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين».أو هو إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته»[5].

الثالثة، 1403 هـ/ 1983م.

1 – ينظر:»كشف الأسرار عن أصول البزدوي»، لعبد العزيز البخاري، 4 / 3.

2– ينظر: أصول الفقه، لمحمد أبوزهرة، ص:251.

3 –إ ينظر: حكام الفصول في أحكام الأصول، للباجي،ص: 687، والإشارات في اصول الفقه المالكي،ص:100،والحدود في الأصول ص: 65

4 –ينظر: الحدود في الأصول، للباجي، ص: 66.

5 – ينظر: المحصول، ص: 132، والموافقات، 5 / 196، والاعتصام، ص: 472.

ونقل الشاطبي رحمه الله عن ابن رشد الجد قوله:«**الاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس: هو أن يكون طردا لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم، ومبالغة فيه فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به في ذلك الموضع**»[1].

- وعرفه اللخمي بأنه:«كون الحادثة مترددة بين أصلين أحدهما أقوى بها شبها أو أقرب إليها والآخر أبعد، فيعدل عن القياس على الأصل القريب إلى الأصل البعيد لجريان عرف أو ضرب من المصلحة أو خوف من المفسدة أو ضرب من الضرر»[2].

بعد إيراد هذه التعريفات، يجد البحث نفسه أمام سؤال مهم، أو بالأحرى أمام إشكالية كبرى، وهي:

ما هي طبيعة الاستحسان؟ أهو أصل بمفهومه الأصولي ؟ أم أن له طبيعة أخرى؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة أسئلة:

*- هل الاستحسان أصل من أصول مالك رحمه الله؟ فإن كان أصلا، هل تُنشأ به الأحكام؟

*- إذا كان الاستحسان ليس بأصل، فما الداعي إلى اعتباره من جملة قواعد المذهب؟ أو بعبارة أخرى ما وظيفته في عمل المفتي والمجتهد ؟

1 -ينظر: الاعتصام، ص: 472.

2 - ينظر: البهجة شرح التحفة، 1 / 291، وتبصرة الحكام لابن فرحون، 2 / 63.

3-**تأصيل مفهوم الاستحسان وعلاقته بمبدأ اعتبار المآل**

طرح البحث في النقطة السابقة مجموعة من الأسئلة عن الاستحسان، تشكل الإجابة عليها الإطار المحدد للتعامل مع الاستحسان، ضمن النظر الاجتهادي والمقاصدي.

فقداختلف علماء المالكية حول هذه القضية، وتعددت مذاهبهم في ذلك على مذهبين:

ـ **الأول**: إنكار أن الاستحسان أصل من أصول مذهب مالك رحمه الله، بل هو من تواضعات أصحابه، ومن أعلام هذا الاتجاه القاضي عبد الوهاب البغدادي الذي يقول: «**ليس بمنصوص عن مالك، إلا أن كتب أصحابنا مملوءة من ذكره والقول به**»[1]، وهو ما نقله الباجي عن ابن خويز منداد[2]، ونسبه القرافي إلى مالكية البصرة[3]، بل إن من علماء المالكية لا يعتد به أصلا ولا يذكره ولو عرضا عند ذكر أصول مذهب مالك، ومنهم أبو الحسن بن القصار في مقدمته[4]، والقاضي عبد الوهاب[5]، وابن الحاجب[6] وابن جزي[7].

1- ينظر: المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ص: 402. ونقل الشوكاني عن القرطبي نفي نسبته إلى مالك، ينظر: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني، 2 / 182.

2- ينظر: إحكام الفصول في أحكام الأصول، 2 / 693.

3- ينظر: شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ص: 355.

4- بعناية الأستاذ: محمد بن الحسين السليماني، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1996

5- ينظر: مجموع الدراسات والنصوص في أصول الفقه المالكي المطبوعة مع مقدمة ابن القصار بعناية الأستاذ السليماني

6- ينظر: مختصر المنتهى الأصولي مع شرح الإيجي، 3 / 575.

7- ينظر: تقريب الوصول إلى علم الأصول، لابن جزي الغرناطي، ص: 147.

ـ **الثاني**: عدَّ الاستحسان أصلا من أصول مالك، حتى إنه نقل عن ابن القاسم أنه قال: «الاستحسان تسعة أعشار العلم»[1]، وأصحاب هذا الاتجاه انقسموا قسمين: أولهما: مغرق في التوسع في اعتباره والعمل به، وهؤلاء يتقدمهم الإمام أبو بكر بن العربي، الذي توسع في تفريعات الاستحسان وأنواعه حتى كاد أن يجعله قريبا من الاستحسان الحنفي، وذلك بالنظر إلى ما ينتج عن تفريعاته من تخصيص العموم بالمصلحة وتخصيص القياس ببعض العلة رغم أنه يخالف من سبقه من أئمة المذهب[2].

أما القسم الثاني من هذا الاتجاه، فيتمسك رواده باعتبار الاستحسان طرحا للقياس، وأخذا بمصلحة جزئية لمعنى يؤثر في الحكم، وتقديما للاستدلال المرسل على القياس، وهو ما يذهب إليه الإمام ابن رشد الجد والإمام الشاطبي في الموافقات[3] والاعتصام[4]، إذن، ما الراجح في هذه الأقوال عن الاستحسان؟.

1- ينظر: البيان والتحصيل، 4 / 155، والموافقات، 2 / 523، والاعتصام، ص: 471.

2- وفي ذلك يقول ابن العربي:«فالعموم إذا استمر والقياس إذا اطرد، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم باي دليل كان من ظاهر أو معنى، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس ببعض العلة، ولا يرى الشافعي لعلة الشرع إذا ثبتت تخصيصا، ولم يفهم الشريعة من لم يحكم بالمصلحة، ولا رأى تخصيص العلة".ينظر أحكام القرءان،:3 / 420، وينظر: تحرير القول في مسمى الاستحسان، للدكتور نعمان جغيم، مجلة الشريعة والقانون، العدد 33، ذو الحجة، 1428 هـيناير 2008

3- ينظر الموافقات، 1 / 33 و5 / 194.

4- ينظر: الاعتصام، ص: 472.

إذا تأملنا تعاريف المالكية للاستحسان، نجد أنها تتنوع بين اعتبار الاستحسان أخذا بأقوى الدليلين، وهذا الأخذ موجبه التعارض الواقع بين دليل يبيح الفعل ودليل يوجب الترك، والمصلحة والمفسدة دائرتان بين الفعل والترك، لهذا فما على المجتهد فعله هو الموازنة بين المصلحة والمفسدة، أو بين المفسدتين، أو بين المصلحتين والحكم على الفعل بما يناسبه جلبا لمصلحة المكلف أودرءا للمفسدة عنه، مع اعتبار قواعد الترجيح المقررة بالاستقراء من فروع الشريعة.

وإذ يتقرر ما سبق، تكون الخلاصة أن الاستحسان ليس دليلا في أصله، وكونه ليس دليلا يعني أنه ليس أصلا تنشأ به الأحكام، والأصل المقصود هنا هو المفهوم الأصولي، حتى ولو اعتبره الأصوليون من الأدلة التبعية، فيبقى إذن أن يتقرر أن للاستحسان مهمة أخرى متعلقة بالدليل نفسه أو ما يمكن الآن تسميته بالأصل.

ما معنى هذا ؟

هذا السؤال يجيب عليه الإمام الشاطبي رحمه الله في سياق تقعيده وتأصيله لنظرية مراعاة المآل واعتبار نتائج تصرفات أفعال المكلفين، ساق مجموعة من تعاريف أئمة المذهب المالكي للاستحسان – جريا على عادة من يعتبره –.

يقول في معرض حديثه عن القواعد المندرجة تحت أصل المآلات: «**ومما ينبني على هذا الأصل قاعدة الاستحسان، وهو –في**

مذهب مالك- الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمرًا، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة كذلك.

وكثيرا ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي والحاجي مع التكميلي، فيكون إجراء القياس مطلقًا في الضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارده، فيستثنى موضع الحرج، وكذلك في الحاجي مع التكميلي، أو الضروري مع التكميلي وهو ظاهر»[1].

وبعد أن قدم الشاطبي لاندراج الاستحسان تحت أصل المآلات، ومثل لذلك بكثير من الترخصات سواء في العبادات أو المعاملات، يقول رحمه الله:«فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك؛ لأنا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة، فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه، ومثله الإطلاع على العورات في التداوي، والقراض، والمساقاة، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع، وأشياء من هذا القبيل كثيرة»[2].

1 - ينظر:الموافقات ، 5 / 193 - 194.
2 - ينظر: الموافقات، 5 / 195.

إن الشاطبي رحمه الله وهو ينحو هذا المنحى يلتزم شرطه في كتابه الموافقات، وينسجم مع تقسيمه لأطراف كتاب الاجتهاد منه على وجه الخصوص، ذلك أن الاستحسان صورة من صور النظر الفقهي المصلحي الذي يسلكه المجتهد ناظرا في أفعال المكلفين وما يترتب عليها من نتائج، أو في تنزيل الأحكام على الواقع، حيث إن الوقائع أحيانا تقتضي من الناظر المجتهد والمفتي أن يفتي بما يخالف الدليل في ظاهره، وهذا ليس تشهيا منه - كما أشار إلى ذلك في تحديده مفهوم الاستحسان -، وإنما هو تقديم لاستدلال مرسل على قياس؛ لمصلحة شرعية معتبرة تقتضي ذلك منه، لأنه بالتزام الدليل العام يكون مفوتا لمصلحة أعظم من المفسدة التي يريد درءها، وسائر ما رخص فيه الشرع في» حقيقته يرجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك، لأنا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه»[1].

إن هذه المخالفة من المفتي لمقتضى الدليل العام هي التي قال فيها الشاطبي رحمه الله: «**فهذا كله يوضح أن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة إلا أنه نظر إلى لوازم الأدلة ومآلاتها**»[2].

1- ينظر: الموافقات، 5 / 195.
2 - ينظر: الموافقات، 5 / 198 - 199.

وباستقراء ما كتبه الشاطبي عن الاستحسان وجمع عناصره بعضها إلى بعض، نخلص إلى النتائج الآتية:

*- أنه يمكن اعتبار الاستحسان قاعدة تقوم على اعتبار المصلحة الجزئية التي تتعارض والدليل الكلي، وهذا على سبيل الاستثناء والترخص، ودليله أن: «**كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائما لتصرفات الشرع ومأخوذا معناه من أدلته؛ فهو صحيح يُبنى عليه، ويُرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعا به؛ لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها كما تقدم؛ لأن ذلك كالمتعذر، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي؛ فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين؛ فقد شهد له أصل كلي، والأصل الكلي إذا كان قطعيا قد يساوي الأصل المعين وقد يربو عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه، كما أنه قد يكون مرجوحا في بعض المسائل حكم سائر الأصول المعينة المتعارضة في باب الترجيح، وكذلك أصل الاستحسان على رأي مالك، ينبني على هذا الأصل، لأن معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس**»[1].

وهذا يعكس مفهوم المالكية للاستحسان، على اعتبار أنه صورة من صور المصلحة المرسلة[2]، قال رحمه الله: «**إنهم صوروا**

---

1 - ينظر: الموافقات: 1 / 32 - 33.

2 - عرفها الشاطبي فقال: «ما سكتت عنه الشواهد الخاصة، فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه»، ينظر: الموافقات، ص: 452، وعرفها الغزالي بقوله: « كل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود

الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة، ومثل ذلك يتصور في مسألة التضمين، فإن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية، فصار تضمينهم في حيز المستثنى من ذلك الدليل، فدخلت تحت معنى الاستحسان بذلك النظر»[1]، والمفهوم من هذا أن المصالح تشمل الاستحسان إذا كانت على سبيل الاستثناء من الأصل الكلي، وعلى هذا فهو مفهوم مصلحي، لأنه استثناء وترخص يقوم على النظر المآلي، وعلى اعتبار مصلحة المحل وتقديمها على معارضه الكلي [2].

* أن تفرع الاستحسان عن أصل النظر في المآلات يعود إلى أصل العدل الذي عليه مبنى الأحكام والمقاصد على حد سواء، وعدم تحكيمه في العوارض الاستثنائية يفوت المصالح المقصودة من تشريع الأحكام، فيكون عدم إعماله في مقتضاه يذهب بالمقاصد الجوهرية، وما المقاصد إلا عدل ومصلحة، و«معنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى العدل والمصلحة»، كما قال ابن رشد الحفيد [3].

شرعي علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والإجماع ليس خارجا من هذه الأصول، لكنه لا يسمى قياسا، بل مصلحة مرسلة، إذ القياس أصل معين».ينظر: المستصفى،ص:179.

1 – ينظر: الاعتصام بنشر مشهور، 3 / 69.

2 ينظر: المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي، للدكتور فريد الأنصاري، ص: 487.

3 – ينظر: بداية المجتهد، 2 / 324.

«ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك»[1].

* أن الاستحسان مسلك من مسالك الجمع والترجيح بين الأدلة المتعارضة[2]والنظر في مآلات الأفعال، ومسلك الجمع والترجيح ليس أصلا استنباطيا أو دليلا إجماليا، بل هو لا يعدو أن يكون إحدى طرق التعامل مع النصوص الشرعية [3].

4-أنواع الاستحسان عند المالكية

نظرة المذهب المالكي في الشريعة نظرة كلية، واستقراء أصول فقه إمام دار الهجرة مؤداه إلى أن الإمام رحمه الله أسس مذهبه على أن يكون نظره واجتهاده يسير في مسار الشريعة ذاتها، أي الالتفات إلى مصالح الناس ودفع المضار عنهم.

إن مالكا وهو يسلك مسلك الاستحسان في نظره الفقهي، يضع في اعتباره هذا الجوهر، لأن الشريعة عدل كلها ورحمة كلها، ومسلك الاستحسان خادم لهذه الخصوصية، وكذلك فقهاء المالكية، حين يتبعون أثر مالك رحمه الله في تطبيق أصول المذهب على النوازل

1 - ينظر: قواعد الأحكام، 2 / 160.

2- ينظر: بداية المجتهد، 2 / 496.

3- ينظر: تحرير القول في مسمى الاستحسان، ص: 166.

الفقهية، فإنهم قسموا الاستحسان إلى أنواع[1]، كلها تندرج تحت مسمى النظر المصلحي الذي يقتضي جلب المصالح للمكلفين ودرء المفاسد عنهم.

ولا نجد من أئمة المالكية من أسهب في الحديث عن الاستحسان كما فعل ابن العربي رحمه الله والإمام الشاطبي، وإن كانت زاوية الحديث عند الشاطبي أعم منها عند ابن العربي، سواء في الاعتصام أو في الموافقات.

قال ابن العربي: «وأما أصحاب مالك فلم يكن فيهم قوي الفكر ولا شديد المعارضة يبده إلى الوجود وقد تتبعناه في مذهبنا وألفيناه أيضا منقسما أقساما فمنه ترك الدليل للمصلحة ومنه ترك الدليل للعرف ومنه ترك الدليل لإجماع أهل المدينة ومنه ترك الدليل للتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق»[2].

ففي هذه الكلمات يسوق ابن العربي صور استعمالات المالكية للاستحسان، فبعد التتبع يثبت أنهم يعدلون عن مقتضى الدليل ويرجحون مخالفة القياس لأحد الأسباب الآتية:

1- ترك الدليل للمصلحة.

2- ترك الدليل للعرف.

1 - يشترك المالكية مع الأحناف في كثير من تقسيمات الاستحسان، وينفردون بصور أخرى تعود إلى طبيعة المذهب وخصوصياته، وذكر تقسيم الحنفية للاستحسان لن يكون إلا حشوا لا يخدم البحث، بعكس الأمر في تعريف الاستحسان.

2- ينظر: المحصول في أصول الفقه، ص: 131.

3ـ ترك الدليل لإجماع أهل المدينة.

4ـ ترك الدليل للتيسير ورفع الحرج والمشقة عن الناس.

أما الإمام الشاطبي رحمه الله فقد جمع في الاعتصام بين هذه الصور الأربعة وبين أنواعه عند الحنفية، ليصل بها عشر صور، فزاد على ذلك الاستحسان بالنص، والاستحسان تحقيقا لمناط الحكم المحتمل من خطاب القرءان[1]، والاستحسان للضرورة، والاستحسان اعتبارا لما خرج مخرج الغالب، والاستحسان بمراعاة الخلاف[2].

ولم يعن الشاطبي رحمه الله في الموافقات كبير عناية بأنواع الاستحسان، لكنه حرص على أن يؤصل كما مر آنفا علاقة الاستحسان بمبدأ مراعاة المآل، لكن اللافت في تقسيم الشاطبي في الاعتصام هو ذكره مراعاة الخلاف ضمن أنواع الاستحسان، وهو ليس بدعا في ذلك عن غيره من أئمة المالكية فكثير منهم صرحوا بأن مراعاة الخلاف صورة من صور الاستحسان[3]، وهو ما لم يعتمده في الموافقات، بل

1- لم أر أحدا غير الشاطبي رحمه الله اعتمد هذا التقسيم، وأرى والله أعلم أن هذا النوع الذي ذكره الشاطبي يمكن أن يدرج تحت نوع الاستحسان بالنص، ولا يكون نوعا بذاته ما دام النص فيه هو الحاكم، ولكن لا أظن أنتكون هذه القضية فاتت الإمام الشاطبي رحمه الله فقد يكون هذا منه رحمه الله على عادته في التفصيل، خاصة وأن ما ذكره في الاعتصام لم يذكره في الموافقات، فقد اكتفى في الموافقات بنقل كلام ابن العربي رحمه الله وتقريره، وهذا يتسق مع طبيعة الموضوع في كل من الكتابين، ولعل إدراج هذا النوع عند تقسيمه الاستحسان في الاعتصام تنبيها على السياق العام لموضوعه وهو تعلق أهل البدع بالاستحسان.

2- ينظر تفصيل هذه الأنواع عند الشاطبي في كتابه الاعتصام، 2 / 139 فما بعدها.

3- وقد سبقه إلى ذلك الإمام ابن رشد الجد في البيان والتحصيل، ينظر:1/ 204، و1 / 396، و 4 / 157، والإمام القباب في مراسلاته مع الشاطبي، ينظر: المعيار المعرب، 6 / 393.

إنه أفرد مراعاة الخلاف في استقلالية تامة عن الاستحسان حين حديثه عن القواعد المندرجة تحت مبدأ مراعاة المآل.

ولعل الحديث عن أنواع الاستحسان عند المالكية يثير تساؤلات كثيرة حول هذه الأنواع منها:

*هل كل هذه الأنواع من الاستحسان هي استحسان فعلا ؟

* هل إذا كانت هذه الأنواع كلها مندرجة تحت مسمى الاستحسان فلماذا لم يتناولها الشاطبي رحمه الله ضمن حديثه عن مبدأ اعتبار المآل، وهو قد سلك مسلك الاستقراء ونص على ذلك في غير ما موضع من موافقاته؟

الإشكال الأول: هل كل أنواع الاستحسان استحسان فعلا؟

مما اتفق عليه الحنفية وبعض المالكية هو أن الاستحسان بالنص وبالإجماع هما قسمان من أقسام الاستحسان، لكن يرد على هذا التصنيف اعتراض لا يستقيم الحديث عن تطبيقات الاستحسان عند المالكية دون بيانه.

فإذا كان الاستحسان بالنص وبالإجماع مستنده النص نفسه والذي تضمن ما استثناه الشرع في صورة ما من حكم نظائرها الأخرى من الصور، فإن هذا الحكم الثابت بالنص على وجه الاستثناء ينسب إلى الشارع لا إلى المجتهد، والثابت بالإجماع راجع إلى الإجماع الذي يرجع بذاته إلى النص والقواعد العامة للشريعة، وكان جاريا

على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم[1] فكيف إذن يكون هذا استحسانا بالمعنى الذي أورده الأصوليون؟ إذ لا وجه لهذه التسمية استنادا على تعاريفهم نفسها.

يبقى الحديث عن استحسان العرف واستحسان المصلحة أو الضرورة على اختلاف التسمية بين الحنفية والمالكية، مع اعتبار الشاطبي رحمه الله مراعاة الخلاف ضمن صور الاستحسان، فهذه الأنواع هي التي يمكن اعتبارها استحسانا بالمعنى الذي ورد عندهم، وكل هذه الصور ترجع إلى قاعدتي جلب المصالح ودرء المفاسد، ورفع الحرج، فالعدول عن القياس وعموم النص وكليته إلى حكم آخر له ما يقتضيه هو مفهوم الاستحسان على الحقيقة[2]، مع ملاحظة أن ما يصلح التمثيل به لواحدة من هذه الصور يمكن أن يصلح التمثيل به لأخرى، لارتباطها ببعضها ولكونها كلها تندرج تحت القواعد الشرعية لجلب المصالح ودرء المفاسد والتيسير على العباد ورفع الحرج عنهم، وكل ما يتحصل به مقصود الشارع فهو معتبر شرعا، وما الاستحسان إلا صورة من صور هذا التحصيل في خصوص كل مسألة بعينها.

الإشكال الثاني: لماذا لم يتناول الشاطبي الاستحسان في الموافقات؟

لا يظهر من تناول الشاطبي تلك الصور العشر للاستحسان

1- ينظر: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، للباحسين، ص: 312،

2- ينظر: مصادر التشريع فيما لا نص فيه، للدكتور عبد الوهاب خلاف، ص: 75، والمصلحة المرسلة والاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية، للدكتور عبد الحميد العلمي، ص: 163 وما بعدها.

في الاعتصام أنه يوافق الحنفية في كل ما ذهبوا إليه من تقسيم للاستحسان، فمفهومه عنده أنه أخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي، يعدل إليها المجتهد حين يكون القياس غلوا، وهذا منه تصور دقيق لمعيار التعسف في الاجتهاد، لكن ما الذي يدفع الشاطبي إلى اعتبار الإجماع ضمن صور الاستحسان والتمثيل له بوجوب غرم قيمة البغلة كاملة[1]؟

قد تطرق البحث إلى أن اعتبار الاستحسان بالإجماع صورة من صور الاستحسان لا يرجع الدليل فيه إلى الاستحسان بل إلى الإجماع نفسه، لذلك يجد استشكالا كبيرا في علية ذكر الشاطبي ما ذهب إليه ابن العربي من اعتبار الاستحسان بالإجماع.

فالإجماع الذي استند إليه المفتي أو المجتهد هو إجماع وقع فعلا، وهو إذ وقع فقد وقع على الاستحسان ذاته، ولهذا فالعمل باستحسان الإجماع هو مقابلة دليل بدليل آخر[2]، وفي ذلك يقول الدكتور السنوسي: «**وأما استحسان الإجماع، فالذي يظهر أنه لا ضرورة إلى عده من جملة أنواع الاستحسان؛ ذلك أن المجتهد**

1 – لا نجدهم يمثلون في كتبهم الأصولية إلا بوجوب القيمة على من قطع ذنب بغلة القاضي، على ما حكى الشاطبي رحمه الله في الاعتصام، وهي حكاية الإجماع على إيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضي، يريدون غرم قيمة الدابة لا قيمة النقص الحاصل فيها، ووجه ذلك ظاهر، فإن بغلة القاضي لا يحتاج إليها إلا للركوب، وقد امتنع ركوبه لها بسبب فحش ذلك العيب، حتى صارت بالنسبة إلى ركوب مثله في حكم العدم، فألزموا الفاعل غرم قيمة الجميع، وهو متجه بحسب الغرض الخاص، وكان الأصل ألا يغرم ألا قيمة ما نقص القطع خاصة، لكن استحسنوا ما تقدم، وهو القول الأشهر في المذهب، انظر الاعتصام، ص: 474.

2- ينظر: الإمام مالك، لأبي زهرة، ص:326.

حينما يجد المسألة إجماعية لا يكون أخذ بها من باب الاستحسان، بل هو مستدل بالإجماع الحاصل فيها؛ وإذا قلنا بكون الاستحسان سابقا على الإجماع في مسألة معينة، وأن المجمعين إنما أجمعوا على حكمها التفاتا إلى الاستحسان؛ فذلك يدفعنا إلى اعتبار الاستحسان مستندا للإجماع...»[1].

إن القول بأن الاستحسان بالإجماع من صور الاستحسان عامة يتنافى وما اختاره الشاطبي كمفهوم للاستحسان حين قرر أنه: « الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي»، والذي يظهر أن الشاطبي سواء في الاعتصام أو في الموافقات إنما أراد من إيراده تقسيم الحنفية وكلام ابن العربي فقط النقل وليس التقرير، أو أراد أن يأخذ من كلام ابن العربي ما يناسب حديثه عن اعتبار المآل والقواعد المندرجة تحته، ويشهد لهذا أيضا أن تعريف الشاطبي لم يبعد فيه من حيث المعنى عن تعريف ابن رشد الجد وإن لم يورده في الموافقات.

يخلص البحث إلى أن الإمام الشاطبي رحمه الله لا يتناقض والتعريف الذي اختاره للاستحسان، والذي يفيد أن الاستحسان ترخص تشهد له الرخص الواقعة في الشريعة التي ترجع إلى المآل في جلب المصالح ودرء المفاسد على الخصوص[2].

يبقى سؤال هو: لماذا لم يفصل الشاطبي في أنواع الاستحسان عند حديثه عن مبدإ اعتبار المآل؟

1- ينظر: اعتبار المآلات، ص: 304.

2- ينظر: نشر البنود على مراقي السعود، للعلامة الشنقيطي، 2 / 263.

ما يمكن قوله: إن الشاطبي قد استغنى عن التفصيل في أنواع الاستحسان بعد أن استفرغ جهده في بيان حقيقة اعتبار المآل، وبعد أن بذل الجهد في تحقيق القول في أنواع الاجتهاد ليبين أن ثمرة الاجتهاد هي أن يبلغ الناظر مبلغ النظر في المآلات، وأن يتقن فقه التوقعات، فيكون إذن الحديث عن أنواع الاستحسان من نافلة القول، والمتأمل كتاب الموافقات يجد أن الشاطبي لم يعن كثيرا بالتفصيل في جزئيات المسائل الأصولية إلا بالقدر الذي يخدم الغاية التي تغياها من تأليفه لهذا الكتاب المبارك الذي كتب الله القبول.

وإذ وصل البحث إلى هذه الخلاصة، فإن تطبيقاته للاستحسان ستتركز على ما يفيد كون الاستحسان ترخصا واستثناء من الأصل العام، والمقصود: الاستحسان بالمصلحة والضرورة، والاستحسان بالعرف والاستحسان بمراعاة الخلاف.

ثانيا: العمل بالاستحسان مراعاة للمآل في فتاوى المعاملات

ترك الدليل للمصلحة[1]

أ- المصلحة لغة:

المصلحة كالمنفعة وزنا ومعنًى، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع. أو هي اسم الواحدة من المصالح، وقد أورد

1 - هذه إحدى صور التلاقي بين المذهب المالكي والمذهب الحنفي في الأخذ بالاستحسان، مع فرق واضح جدا، هو أن المالكية يعتبرون الاستحسان فرعا عن مبدأ الاستصلاح، بينا الحنفية جعلوا الاستصلاح فرعا عن الأخذ بالاستحسان، وهو فرق لا أثر له من حيث جريان الأحكام على الفروع.

لسان العرب المعنيين، إذ جاء فيه: «والمصلحة، الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح»، فكل ما كان فيه نفع سواء كان بالجلب والتحصيل كاستحصال الفوائد واللذائذ أو بالدفع والاتقاء كاستبعاد المضار والآلام فهو جدير بأن يسمّى مصلحة[1].

ب - المصلحة اصطلاحا:

قد عرفها الغزالي بقوله: «**أما المصلحة: فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة، المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة، وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب في باب القياس أردنا به هذا الجنس**»[2].

وعرفها الشاطبي بقوله:«**وأعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه، ونيله ما تقتضيها أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق، حتى يكون منعما على الإطلاق...**»[3].

وقال الإمام ابن عاشور رحمه الله: «**إنها وصف للفعل يحصل به**

1 - ينظر: لسان العرب،2 / 516، مادة (صلح).
2 - ينظر: المستصفى للغزالي، ص:174.
3 - ينظر: الموافقات، 2 / 44.

الصلاح، أي النفع منه غالبا أو دائما للجمهور أو الآحاد»[1].

إذا علمنا هذا، تبين أن المصلحة هي عماد الشرع، ومصالح الخلق هي غاياته التي يتغياها، والأساس الذي تبنى عليه أحكامه، ومن ثم كانت سائر قواعد التشريع وخطط سياسته تصب في محيطها وتعمل على تأكيد حفظها وتنميتها، وما كان هذا شأنه وجب أن تعلق به الأحكام إذنا في حال الوجود، ومنعا في حال التخلف والانخرام[2].

وقد يقتضي النظر المصلحي أن يعدل المجتهد أو المفتي عن حكم يقتضي منع المكلف من فعل أقدم عليه، فيعارض القياس الظاهر لمصلحة معتبرة من حيث الجنس، فيقدم مصلحة جزئية على قاعدة كلية، وبذلك يكون القياس خادما للمصلحة، لأن الغلو فيه قد يفوت مصالح مقصودة من الشارع[3].

وهذا العدول مقتضاه العدل، وليس المصلحة المعدول إليها بمقصودة في حد ذاتها، إلا أن تحقيق المناط بين عدم موافقة تنزيل الحكم الأصلي للمقصد الذي أراده الشارع، لهذا استوجب الأمر تكييفا خاصا للنازلة وفق قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد، وكما سبق وقرر الشاطبي أن هذا ليس افتئاتا من المفتي على الشرع أو تحكما راجعا لمجرد التشهي.

1 - ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 278.
2 - ينظر: اعتبار المآلات، ص: 199 - 200.
3 - ينظر: نظرية الاستحسان لأسامة الحموي، ص: 54.

المسألة الأولى: الإجارة [1] المجهولة

سئل أبو القاسم ابن سراج[2] رحمه الله عن من يعطي الجِبَّاح لمن يَخْدُمُها بجزء من غَلَّتِها، فقال:«هي إجارة مجهولة »[3].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

الأصل في الإجارة أن تكون الأجرة فيها معلومة، لما روي عن أبي سعيد الخدري قال:«نهى رسول الله ﷺ عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره»[4].

قال ابن رشد الجد: «... وذلك أن الإجارة تلزم بمجرد العقد، ومن ثم وجب أن يكون المعقود عليه معلوما علما يمنع من المنازعة، لأنه إذا كان مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة لم تصح الإجارة، لأن هذه الجهالة تمنع من التسليم والتسلم، فلا يحصل المقصود من العقد، وعلى هذا فإن الإجارة يجب أن تكون على معلوم أجرا ومدة معينة أو صفة محددة أو ما يقوم مقام ذلك كله مما اقتضته العادة والعرف... لقوله عليه السلام:« من استأجر أجيرا فليؤاجره بأجر معلوم إلى أجل

1 – الإجارة عرفها المالكية بقولهم: عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض، ويخص المالكية غالبًا لفظ الإجارة بالعقد على منافع الآدمي، وما يقبل الانتقال غير السفن والحيوان، ويطلقون على العقد على منافع الأراضي والدور والسفن والحيوانات لفظ كراء ينظر: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني،3 / 1085.

2 – هو أبو القاسم محمد بن محمد بن سراج الغرناطي، الفقيه المالكي توفي على الراجح سنة: 848 هـ. ترجمته في: توشيح الديباج للقرافي، ص: 268، وشجرة النور، 1 / 248، والضوء اللامع 7 / 248.

3 – ينظر: النوازل الجديدة الكبرى، للمهدي الوزاني، 8 / 114.

4 – رواه الإمام أحمد في مسنده، عن أبي سعيد الخدري، الحديث رقم: 11582، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب: لا نجوز الإجارة حتى تكون معلومة، رقم 2134.

معلوم»[1].

فأمر عليه السلام بتسمية الأجرة وضرب الأجل وسكت عن وصف العمل إذ قد يستغنى عن ذلك بالعرف والعادة اللذين يقومان مقامه»[2]، فالقياس أن الإجارة تكون معلومة الأجرة، والإجارة على أن يأخذ الأجير جزءا من غلة الجباح هي إجارة على مجهول، مع ذلك يجيزها ابن سراجوإن كان قد اكتفى بقوله: «هذه إجارة مجهولة»[3] على اعتبار أنه قد عُلِمَ أن من أصول مذهب مالك أنه يراعي الحاجيات كما يراعي الضرورات[4]، وعلى هذا فيجوز أن تُجهل الأجرة، إن كانت مما سينتجه عمل الأجير، ومذهب السلف جواز الإجارة بجزء منها قياسا على القراض[5].

ولهذا نرى ابن سراج اكتفى بقوله: «هذه إجارة مجهولة»، وهذا استحسان، قال الشيخ ميارة[6]: «وكان سيدي ابن سراج رحمه الله فيما

1 – بحثت عن هذا الحديث بهاته الصيغة في المصادر التي توفرت لدي، فلم أقف عليها إلا في المدونة الكبرى، حيث جاء فيها: قال ابن وهب: وقد قال رسول الله ﷺ: «من استأجر أجيرا فليعلمه أجره»،وقال: «من استأجر أجيرا فليستأجره بأجر معلوم إلى أجل معلوم».ينظر: المدونة الكبرى،3 / 420.

2 – ينظر: المقدمات الممهدات، لابن رشد الجد، 2 / 166، وانظر: المعونة على مذهب أهل المدينة للقاضي عبد الوهاب، 2 / 1101، والكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر، 2 / 745، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4 / 5.

3 –لعل طريقة الجواب تفيد أن السائل من أهل العلم، فاكتفى ابن سراج رحمه الله بالإشارة إلى ما يفيد الحكم في المذهب.

4 – ينظر: شرح الشيخ ميارة على تحفة ابن عاصم، 2 / 172.

5 – ينظر: البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، 2 / 299.

6هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد ميارة الفاسي، أحد أعلام مالكية المغرب توفي سنة: 1072هـ. وشجرة النور، 1 / 309،والنبوغ المغربي في الأدب العربي لعبد الله كنون، 1 / 249،

هو جار على هذا لا يفتي ابتداء ولا يشنع على من ارتكبه، قصارى أمر مرتكبه أنه تارك للورع، وما الخلاف فيه شهير لا حسبة فيه، ولا سيما إن دعت لذلك حاجة»[1].

قال الإمام ابن لب[2]: «الحكم في إعطاء الجباح بجزء منها للعامل المنع على أصول المذهب، لأنه عمل في إجارة مجهولة الأصل والقدر، كما يمتنع ذلك في الأفران والأرحى، وإنما يجوز ذلك عند من يبيح القياس على القراض[3] والمساقاة[4]» [5].

قال أبو الحسن علي بن رحال المعداني[6]: «والفصل في هذه المسائل هو أن الأمر إذا اضطر إليه غاية ولا محيد عنه أصلا إلا بمشقة فادحة تلحق الناس في أبدانهم وأموالهم كمسألة الخماس وشبهها

ومعلمة الفقه المالكي لعبد العزيز بن عبد الله، ص: 162.

1 - ينظر: شرح الشيخ ميارة، 2 / 172.

2 -هو ابو سعيد فرج بن القاسم بن لب الفقيه المالكي الغناطي المشهور،توفي سنة: 782هـ. ترجمته في: الإحاطة في أخبار غرناطة، للسان الدين بن الخطيب، 4 / 253، والديباج، 2 / 110، ونيل الابتهاج، ص:219.

3 - عرفه ابن عرفة فقال: تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة. فالقراض هو أن يدفع الرجل إلى الآخر مالا ليتاجر به على أن يكون الربح بينهما بما يتفقان عليه، فهما شريكان في الربح والخسارة، وتسمى كذلك بالمضاربة، انظر: شرح حدود ابن عرفة 2 / 272، وحلية الفقهاء، للرازي، ص: 147، وطلبة الطلبة للنسفي، ص: 301.

4 - المساقاة هي أن يدفع رجل شجره إلى غيره ليصلحه بجزء من ثمره، قال ابن عرفة:» عقد على مؤنة النبات بقدر لا من غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل «، شرح حدود ابن عرفة، 2 / 508، ومعجم لغة الفقهاء، ص: 425.

5 - النوازل الكبرى: 8 / 164.

6- هو أبو الحسن علي بن رحال بن أحمد بن علي التدلاوي، المعداني المغربي، الفقيه المالكي توفي سنة1140 هـ. انظر ترجمته في: شجرة النور الزكية 334 برقم 1313، الأعلام2 / 190، معجم المؤلفين3 / 224.

فالأمر فيها سهل»[1].

فوجه مراعاة المآل في هذه المسألة أنه إذا أجريت النازلة على أصل الحكم العام بالمنع، فإنه يلحق الناس مشقة وعنت وضرر، لذلك جوزت هذه المعاملة لما فيها من جلب مصلحة أكبر من المفسدة التي تتوقع من الجهالة الواقعة في عقد الإجارة، وما ذلك إلا عين مراعاة المآل.

المسألة الثانية: تضمين أصحاب الفنادق

قال الشيخ التاودي[2]: «الحمد لله، صَرَّحَ صاحبُ الارتفاق بأن صاحب الفندق باعتبار الدواب هو كالراعي المشترك، وباعتبار الأمتعة التي تُطْرَحُ في وسطه هو بمنزلة الصُّناع، والأمتعة مما يُغاب عليه»، وإذا قلنا: إنه بمنزلة الراعي المشترك كما قال الشيخ المذكور، وكما سوى بينهما ابن حبيب والأوزاعي ومكحول، وثبت أن الراعي المذكور هو الذي يكتري دار الراعي من فندق أو غيره، تارة بقبض الماشية بنفسه، ويدفعها لأصحابه وأعوانه، وتارة يتولى قبضها غيره من خواصه إذا لم يحضر، وهو مع ذلك ضامن في الجميع لأن القابض وكيله ونائبه، فكذلك صاحب الفندق، الشأن أنه إذا كان حاضرا فالأمر له والكلام معه، وإذا غاب كان الجلاس يتولون الأمر نيابة عنه، فليس

1 - النوازل الجديدة الكبرى، 8 / 117.

2 - هوأبو عبد الله محمد التاودي بن الطالب بن سودة المري الفاسي، شيخ مشائخ المغرب، توفي سنة 1209هـ. ترجمته في: شجرة النور،1 / 372، وفهرس الفهارس والأثبات،1 / 256، والنبوغ المغربي،1 / 293.

له أن ينيب إلا الحافظ الضابط، وعليه ضمان ما فرط فيه أو تعدى لأنه وكيله ويده كيده، وليس له أن يقيم لذلك السعاة والمعدمين وأهل الخيانة وينجو مع ذلك من الضمان والله أعلم»[1].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

إن فتوى الشيخ التاودي من باب التخريج على ما ذهب إليه أئمة المذهب قياسا على تضمين الصناع، فالأصل العام أن الصناع لا ضمان عليهم، لأنهم مؤتمنون كالأجراء، وقد أسقط النبي صلى الله عليه وسلم الضمان عن الأجير، لكن مالكا ضمن الصانع والأجير إذا قامت البينة على تفريطه وإهماله، ولم يقم هو البينة على الضياع، جاء في المدونة الكبرى: «قلت: أرأيت الصناع في السوق الخياطين والقصارين والصواغين إذا ضاع ما أخذوا للناس مما يعملونه بالأجر، وأقاموا البينة على الضياع أيكون عليهم ضمان أو لا في قول مالك؟ قال: قال مالك: إذا قامت لهم البينة بذلك فلا ضمان عليهم وهو بمنزلة الرهن»[2].

فالقياس ألا يضمن الصانع، ولكن اقتضت مصلحة العباد أن يضمن حتى لا يتسلط الصناع على أموالهم وممتلكاتهم، وهذا فيه تقديم للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهووجه الاستحسان، وعليه يبنى النظر في مآل الحكم الأصلي وتعديته دون نظر إلى مآله،

1 – ينظر: النوازل الكبرى، 8 / 166.

2 – ينظر: المدونة الكبرى، 4 / 399.

أي أن إجراء الحكم العام على عمومه مآله أن يضر بمصالح الناس، فحسما لمادة الفساد ضمن الصانع.

ووجه قياس كلام الشيخ التاودي على تضمين الصناع، أن يُضَمَّنَ صاحب الفندق كما يُضَمَّنُ صاحب الحمام، كما يُضَمَّنُ الصانع، قال القرافي:«لا يضمن حارس الحمّام الثياب لأنه أجير، قال اللخمي[1]: ضمنه مالك في كتاب محمد[2]: إلا أن يأتي بحارس، ولم يضمن الحارس وضمنه ابن حبيب لأنه أجير مشترك، ولو أخذ الأجرة من صاحب الثياب لم يضمن أيضا،ً لأنه أمين كالمودع يأخذ أجراً إلا أن تظهر منه خيانة ولا يضمن سائر الحراس وهم أولى بعدم الضمان من حارس الحمام، لأن رب الثياب لم يُقمه ولم يختره بل صاحب الحمّام»[3].

هذا النوع من الاستحسان، أي: ترك الدليل للمصلحة هو الذي قال فيه الشاطبي: «**إنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة ومثل ذلك يتصور في مسألة التضمين، فإن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية، فصار تضمينهم في حيز**

1 هو أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي، وهو ابن بنت اللخمي، توفي سنة 478، وفي الديباج أنه توفي سنة: 498هـ. ترجمته في ترتيب المدارك،2 / 344، والديباج،2 / 82، والشجرة، 1 / 117.

2 - المقصود هو الإمام الإمام أبو عبد الله محمد بن ابراهيم بن رباح بن المواز الإسكندراني المالكي توفي سنة: 269 هـ. ترجمته في:ترتيب المدارك، 1 / 405، وسير أعلام النبلاء،13 / 6، وتاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، للذهبي،21/ 250

3 - ينظر: الذخيرة للقرافي، 5 / 513.

المستثنى من ذلك الدليل، فدخلت تحت معنى الاستحسان بذلك النظر»[1].

المسألة الثالثة: من أشهد على أن ما في تابوت لابنته

ابن رشد رحمه الله تعالى سئل عمن في ناحية من داره تابوت، أو في بيته مقفول عليه أشهد في صحته عدولا على أن ما في داخل التابوت لابنته الصغيرة فلانة دون معاينتها، فيموت فيوجد في التابوت الحلي والثياب، هل هو لابنته أم لا ؟ وكيف لو دفع مفاتيحه للبينة ولم يزل عندهم إلى وفاته.

فأجاب: «أما هِبَةُ ما في التابوت المقفول عليه فلا تجوز، ولا يَصِحُّ إلا أن يكون دَفَعَ مفاتيح القُفل إلى الشهود حين الإشهاد وعاينوه مُقْفَلاً عليه ويُوجَدَ بعد موت الواهب على ذلك فيَصِح للابنة ما وُجد داخلَه استحسانا.»[2]

وجه اعتبار المآل في النازلة:

إن الإمام ابن رشد الجد ينقل منع تجويز الهبة بالمجهول أولا، ذلك أن الأصل في العقود ألا تعقد على مجهول، وانتفاء الغرر بشرط متفق عليه في الجملة في الالتزامات، لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر[3]، وقد دخل تحت هذا النهي مسائل كثيرة،

1 – ينظر: الاعتصام،ص: 474.

2 – ينظر: فتاوى ابن رشد الجد، 3 / 1579، وانظر المعيار المعرب، 9 / 187، والبهجة في شرح التحفة للتسولي، 2 / 400.

3 – رواه مسلم عن أبي هريرة في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر، رقم الحديث1513.

فمن ذلك النهي عن بيع حبل الحبلة[1]، والملاقيح[2]،والمضامين[3]، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، وبيع الملامسة[4]، وبيع المنابذة[5]، وبيع المعجوز عن تسليمه، كبيع الطير في الهواء، ونحو ذلك من البياعات التي هي نوع من الغرر المجهول العاقبة[6]، الدائر بين العطب والسلامة، سواء كان الغرر في العقد أو العوض أو الأجل، وهذا هو القياس والأصل.

ووجه مراعاة المآل في هذه الفتوى، والاستناد إلى الاستحسان، وتجويز كون الموهوب مجهولا، هو حاجة الناس إلى العقود التبرعية، ومنع الغرر فيها قياسا على العقود العوضية إيقاع بالمكلفين في الحرج والعنت، وهو الأمر المنفي عن الشريعة حتما، فإذا منعت هبة المجهول على ما فيها من الغرر منع عن الناس سبيل يتوصلون به إلى رزق يسوقه الله إليهم من غير سعي فيه، فيقفل بذلك باب فيه مصلحة الموهوب له التي هي أكبر من المفسدة المدفوعة بمنع الغرر،

1 – حبل الحبلة، بفتح الجميع، الولد الذي في بطن الناقة، النهاية في غريب الحديث والأثر، مادة (ح ب ل) 1 / 878، والمصباح المنير للفيومي، مادة حبل، 1 / 119.

2 – الملاقيح هو ما في بطون النوق من الأجنة، النهاية (لقح) 4 / 532، والمصباح، مادة (لقح) 2 / 556.

3 – المضامين، جمع مضمون، وهو ما في أصلاب الفحول، النهاية، مادة (ضمن) 3 / 216، والمصباح، 1 / 119.

4 – الملامسة من اللمس، وهو أن يقول: إذا لمست ثوبي أو لمست ثوبك، فقد وجب البيع، النهاية، (لمس) 4 / 551، والمصباح، 2 / 558.

5 – المنابذة، من النبذ، وهو أن يقول الرجل لصاحبه: إذا نبذت متاعك، أو نبذت متاعي فقد وجب البيع. النهاية، (نبذ) 5 / 15،والمصباح 2 / 590

6 – ينظر:القواعد النورانية لابن تيمية، ص: 116.

فلا سواء إذن.

وقد نقل أئمة المالكية جواز أن يكون الموهوب مجهولا غير معلوم القدر ولا العدد ولا الصفة، قال ابن بطال رحمه الله: «والمعروف من مذهب مالك أن هبة المجهول جائزة، مثل أن يهب رجل نصيبه في ميراث رجل أو نصيبه في دار لا يدري مقداره»[1]، وقال ابن رشد الحفيد: » ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود»[2].

قال القرافي رحمه الله في الفرق الرابع والعشرين، وهو الفرق بين قاعدة: ما تؤثر فيه الجهالات والغرر، وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات:

«وردت الأحاديث الصحيحة في نهيه عليه السلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول واختلف العلماء بعد ذلك فمنهم من عممه في التصرفات وهو الشافعي فمنع من الجهالة في الهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح وغير ذلك؛ ومنهم من فصَّل وهو مالك بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو باب المماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو ما لا يقصد لذلك.

1 – ينظر: شرح ابن بطال على صحيح البخاري، 6 / 579.

2 – ينظر: بداية المجتهد، 2 / 594. انظر النوادر والزيادات لابن أبي زيد، 12 / 227، والتاج والإكليل في شرح مختصر خليل للعبدري، 6 / 51، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للحطاب، 6 / 58.

وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام: طرفان وواسطة فالطرفان: أحدهما معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة كما تقدم أن الجهالات ثلاثة أقسام فكذلك الغرر والمشقة وثانيهما ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه فإنه لم يَبذُل شيئا بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعا وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله»[1].

المسألة الرابعة: معاملة مستغرقي الذمة

سئل اللخمي عما يَضْرِبُهُ السلطان بالقيروان والمهدية وغيرهما

1 - ينظر: أنوار البروق على أنواع الفروق، للقرافي، 1 / 284 - 285. أما تتمة كلامه عن الواسطة فيقول: «وأما الواسطة بين الطرفين فهو النكاح فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصودا. وإنما مقصده المودة والألفة والسكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقا ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى « أن تبتغوا بأموالكم » يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه فلو وجد الشبهين توسط مالك فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير نحو عبد من غير تعيين وشورة بيت ولا يجوز على العبد الآبق والبعير الشارد لأن الأول يرجع فيه إلى الوسط المتعارف والثاني ليس له ضابط فامتنع وألحق الخلع بأحد الطرفين الأولين الذي لا يجوز فيه الغرر مطلقا لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعاوضة بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء فهو كالهبة فهذا هو الفرق بين القاعدتين والضابط للبابين والفقه مع مالك رحمه الله فيه « الفروق، 1 / 285.

من السِّكَكِ، يشتري بها الناس أو يأخذها الجند في أرزاقَهم ولا غِنَى للناس عن التصرف بها، فما وَجْهُ الفقه فيها؟

فأجاب:

اختلف أهل العلم في مبايعة مُسْتَغْرَقِي الذمة[1]، فمِن مانعٍ وَمُجيز بالقيمة، والأمر في الدنانير والدراهم عندي أخف، لدعوى الضرورة وعموم البلوى.

وجه اعتبار المآل في النازلة:

لقد اختلفت مذاهب علماء المذهب في معاملة مستغرق الذمة بين مانع ومجيز، وفي ذلك تفصيل طويل[2]، لكن الأشهر هو منع التعامل معه ومداينته ومنعه من التصرف المالي[3] ومن كل التبرعات، هذا

1- هذا من اصطلاحات المالكية، ومعناه: من عليه من التبعات ما يستغرق ما بيده من الحلال، أو هو من كان ماله كله حرام ، انظر الحلال والحرام لراشد بن أبي راشد الوليدي، ص: 249، وحاشية الدسوقي، 3 / 277، والأصل في تحريم التعامل معهما روى أبو مسعود الأنصاري أن النبي صلى الله عليه وسلم » نهى عن ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي« أخرجه مالك في الموطإ، كتاب البيوع،باب ما جاء في ثمن الكلب، رقم2422. والبخاري في البيوع، باب ثمن الكلب، 2122، ومسلم في كتاب المساقاة باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن،رقم 1597

2- في المسألة أربعة أقوال:

ـ معاملته لا تجوز بحال، فهو بحكم المفلس فتجري عليه أحكامه.ـ جواز معاملته بالبيع بمثل القيمة دون محاباة، لأنه لم يدخل على أهل تبعاته نقص لكن يمنع منه الر هن والهبة والصدقة والعتقعدم جواز معاملته في اثمان الغصوب وأعواضها، لكن تجوز معاملته فيما وهب له أو ورثه أو أفاده بوجه شرعي، أو سلعة اشتراها على الذمةجواز معاملته بإطلاق. انظر تفصيل ذلك في: البيان والتحصيل لابن رشد، 18 / 566 ، وفتاواه، 1 / 631 فما بعدها، والذخيرة للقرافي، 13 / 318، والحلال والحرام لراشد بن أبي راشد الوليدي، ص: 249 فما بعدها، وفتاوى البرزلي، 5 / 122 و132، وحاشية الدسوقي، 3 / 277، وبلغة السالك للصاوي، 3 / 231.

3- ينظر: حاشية الدسوقي، 7 / 315، وبلغة السالك، 3 / 231، ومنح الجليل لعليش، 6 / 21.

على قول ابن القاسم،ذلك أن ما تمليه القواعد الشرعية العامة هو: أنَّ حيازة الأموال بلا سبب مشروع معدود من أكل أموال الناس بالباطل، فإنَّ تحقق العلم بأنَّ الكسب حرام وجب اجتنابه

لكن الإمام اللخمي اختار القول بالجواز من باب العمل بالاحتياط مراعيا في ذلك مآل تنزيل الأحكام، ذلك أن مستغرق الذمة ومن ماله كله حرام كمتعاطي الربا والغلول وأثمان الغصوب والخمور ونحو ذلك فالقياس ألا يعامل لا بالدرهم ولا بالدينار ولا بغيره، ولذلك فلا بأس عنده استحسانا من معاملة مستغرق الذمة فيها، اعتبارا للضرورة، ولأن واقع الناس لا ينفك عن معاملة مثل هؤلاء ممن أحاط الحرام بما يملكونه، وبذلك عمت البلوى.

١- ترك الدليل للضرورة

أ-تعريف الضرورة:

الضرورة لغة:

الضرورة اسم لمصدر الاضطرار،، وهو الضيق، شدة الحاجة وبلوغ أقصى الغاية في الضرر[1]، فإذا أطلق لفظ الضرورة فإنه يدل على الشدة والحاجة التي لا مدفع لها.

الضرورة اصطلاحا:

تعددت تعاريف الضرورة في اصطلاحات الأصوليين القدامى، لكنهم لم يتفقوا على حد اصطلاحي يجعلها لا تقتصر على المعنى

1- ينظر: لسان العرب، 4 / 482، ومعجم مقاييس اللغة، 3 / 360، مادة (ضرر).

الذي وردت به في القرءان الكريم، أي قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِۗ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ فِي مَخۡمَصَةٍ﴾[2]، وهذا المعنى يفيد فقط ضرورة الغذاء[3]، وحفظ النفس من الّهلاك بالإقدام على تناول المحرم، ولهذا فمن المهم جدا توظيف اصطلاح المعاصرين بالنظر إلى شموله لكل ما يصدق عليه شرعا لفظ الضرورة، أي ما تعلق بإحدى الضروريات الخمس.

ـ يعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: «**أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو اذى بالنفس أو العضو أو بالعرض أو بالعق أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح حينئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع**»[4].

ـ ويعرفها الدكتور يعقوب الباحسين بقوله: «**الحالة التي تطرأ على الإنسان بحيث لو لم تراع لتيقن أو خاف أن تضيع مصالحه الضرورية**»[5].

وهذا التعريف هو أوجز وأدق من تعريف الدكتور وهبة الزحيلي، وإن لم يختلفا من حيث المعنى لاشتمال التعريفين تقييد الضرورة بما يؤدي إلى الإضرار بإحدى الضروريات الخمس.

1- سورة الأنعام الآية: 119.
2- سورة المائدة، الاية 3.
3- ينظر: نظرية الضرورة الشرعية، لوهبة الزحيلي، ص: 67.
4- ينظر: نظرية الضرورة الشرعية، ص: 6768.
5- ينظر: رفع الحرج، ص: 438.

ب- ارتباط الضرورة بمبدأ اعتبار المآل

لقد تقرر أن مبدأ اعتبار المآل ضمن امتداده المقصدي يندرج تحت قاعدة:«جلب المصالح ودرء المفاسد»، هذه القاعدة المقصدية هي التي تحكم علاقته بالضرورة، ويتضح ذلك إذا عُلم أيضا أن الضرورة إنما تقدر على أساس مآل الفعل الذي قد يكون فاسدا فيقع المكلف في ضيق وعنت وحرج، وهو ما تأباه الشريعة لا من جهة تشريعها الأحكام، ولا من جهة إلزامها المكلف مطابقة قصده لقصد الشارع، فمتى عجز المكلف عن الإتيان بالواجب، أو اضطر إلى فعل ممنوع شرعا، فإن الواجب يسقط عنه والممنوع يباح له ضمن إطار الشروط المعتبرة في الضرورة التي يجب أن تكون حقيقية لا وهمية، ولهذا قرر ابن القيم رحمه الله عبارة بالغة قال فيها:«ومن قواعد الشرع الكلية أنه لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة»[1].

وتزداد العلاقة وضوحا بعبارة الشاطبي رحمه الله حين يقول: «محال الاضطرار مغتفرة في الشرع، بمعنى أن إقامة الضرورة معتبرة، وما يطرأ عليه من عارضات المفاسد مغتفر في جنب المصلحة المجتلبة...»[2].

والضرورة هنا لا تكون فردية فقط تتعلق بشخص المكلف، بل إنها تتعداه لتشمل المجتمع بأكمله، إذ لا يتصور وجود المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ولا يتصور معه أن تكون الضرورة الملجئة عامة

1- ينظر: إعلام الموقعين، 2 / 41.
2- ينظر: الموافقات، 1 / 288.

أو خاصة كذلك، فمتى تحققت شروط الضرورة فإن الشرع يراعيها ويعتبرها، ويجعل لكل صورة من صور الاضطرار ما يصلح لها من الأحكام، إن على سبيل إسقاط الواجب أو على سبيل الترخيص في الممنوع من باب الاستثناء من القواعد العامة التي لو اطردت في كل حال لما قامت الأحكام بما شرعت من أجله.

المسألة الأولى: دفع الزيتون بجزء معلوم من زيته للأجير

سئل المحقق الزرهوني[1] عن حب الزيتون الذي آن جذاذه وبان سواده إذا عجز ربه عن القيام بأمره ولم يقدر على نفضه ونقله وعصره، وحملت الضرورة على دفعه بجزء معلوم النسبة من زيته يأخذه الأجير بعد طحنه وتصفيته.

فأجاب:

«هذه المسألة عَمَّت بها البلوى[2]، وعليها عَمَلُ فاسَ في السر

1- هو أبو عبد الله محمد الفضيل ابن العلامة الخطيب أبي عبد الله محمد الفاطمي الإدريسي الشبيهي الزرهوني، له شرح على البخاري أنفس وأعليما ألفه متأخرو المالكية على الصحيح، وقد حققه أستاذنا والمشرف على هذه الرسالة فضيلة الدكتور عبد الفتاح الزنيفي حفظه الله، وطبعته مكتبة الرشد سنة 2008. توفي الزرهوني سنة: 1318 هـ. تنظر ترجمته في: فهرس الفهارس والأثبات،2 / 929.

2 – هذا من تعليلات الفقهاء لبعض المسائل التي تقتضي التخفيف والتيسير فيها، إذ لا يخلو كتاب فقه من التعليل بعموم البلوى إشارة أو لفظا، فيستعملون مصطلحات من مثل: ما لا ينفك منه، وما لا يحترز منه، وما يعسر تجنبه...، والحق أن هذه الألفاظ ليست وحدها ما يدخل في عموم البلوى، بل إن مفهوم الضرورة والحاجة يدخلان ضمن ما تعم به البلوى، لذلك فيجب التفريق بين مفهوم عموم البلوى، وبين مفهوم ما تعم به.

وأدق من تناول الفرق بينهما من المعاصرين الدكتور الدوسري في كتابه القيم: « عموم البلوى « فباستقرائه لتناول الفقهاء والأصوليين لمفهوم عموم البلوى ومفهوم ما تعم به، توصل إلى أن عموم البلوى هو» شمول وقوع الحادثة، مع تعلق التكليف بها، بحيث يعسر احتراز المكلفين أو

والنجوى، وقد اقتصر في المختصر على فسادها فقال: « وبما سَقَط أو خَرَج في نَفْضِ زيتون أو عَصْرِهِ»[1]، وعِلَّةُ الفساد الجهلُ بالزيت كَمّاً وكَيْفاً، والجهلُ بالعِوَضِ في الإجارة مُضِرٌّ، لكن هذا مع عدم الضرورة، وإلا فقد أفتى الإمام ابن سراج في مثل هذه النازلة بالجواز، وهي مسألة السُّفن التي تكرى بالجزء للضرورة، ومثلها الجِباح تُدفع بجُزء لمن يَقوم بها، والدابة بالنصف مثلا، والزرع بجزء لمن يخدمه، وقاس ذلك على القراض والمساقاة، وعليه يخرج عمل الناس في إجارة الدلال بربع العشر مثلا لقلة الأمانة وكثرة الخيانة، كما اعتذر به مالك في تأخير الكراء المضمون، وهذا مما يقوي الضرورة « [2].

وجه مراعاة المآل في هذه النازلة:

يتمثل اعتبار المآل في هذه الفتوى في الموازنة بين مصلحة رب الزيتون، وبين المفسدة المترتبة عن الإجارة المجهولة، فالإجارة المجهولة غرر والغرر مفسدة، لكن موازنتها بالمصلحة التي ستجلب من تجويز هذه المعاملة هي أكبر من المفسدة التي يراد دفعها، وهذا

المكلف منها، أو استغناء المكلفين أو المكلف بها إلا بمشقة زائدة تقتضي التيسير والتخفيف، أو يحتاج جميع المكلفين، أو كثير منهم إلى معرفة حكمها مما يقتضي كثرة السؤال واشتهاره «.

أما ما تعم به البلوى فهو: «الحادثة التي تقع شاملة مع تعلق التكليف بها، بحيث يعسر احتراز المكلفين أو المكلف منها، أو استغناء المكلفين أو المكلف عن العمل بها إلا بمشقة زائدة تقتضي التيسير والتخفيف، أو يحتاج جميع المكلفين، أو كثير منهم إلى معرفة حكمها مما يقتضي كثرة السؤال عنه واشتهاره». انظر عموم البلوى، لمسلم بن محمد بن ماجد الدوسري،ص: 61 – 62.

1 – ينظر: مختصر خليل: 204.

2 – ينظر:النوازل الكبرى، 8 / 112 – 113.

لأن حاجة الناس لا تنفك عن مثل هذه المعاملات ولا محيد لهم عنها أصلا أو بمشقة فادحة في أبدانهم أو أموالهم، عملا بقاعدة: «**أن الضرورات تبيح المحظورات**».

وإعمال الدليل العام بالمنع هنا تفويت للمصلحة، قال ابن رشد رحمه الله:«**الناس استجازوا هذا، وفي المنع منه حرج وغلو في الدين**»[1]، وقد رُخص فيها للضرورة كغيرها من الحاجيات والضروريات لأن من أصول مذهب مالك أنه يراعي الحاجيات كما يراعي الضروريات[2].

وبهذا نفهم قول الإمام العز بن عبد السلام رحمه الله تعالى إذ يقول:«إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالا لأمر الله تعالى فيهما لقوله سبحانه: ﴿فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسۡتَطَعۡتُمۡ﴾[3]، **وإن تعذر الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة، ولا نبالي بفوات المصلحة...، وإن كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة مع التزام المفسدة وإن استوت المصالح والمفاسد فقد يتخير بينهما وقد يتوقف**»[4].

1 – ينظر: التاج والإكليل، 5 / 390، و النوازل الكبرى، 8 / 113.
2 – ينظر:النوازل الكبرى، 8 / 115.
3 – سورة التغابن، الآية: 16.
4 – ينظر: قواعد الأحكام، 1 / 83.

المسألة الثانية: بيع الحبس إحياء لنفس المحبس عليه

سئل الإمام محمد بن عبد السلام بناني[1] رحمه الله عن بيع الحبس إحياء لنفوس المحبس عليهم، فقال:

«الحمد لله، بيع المحبس لمن حبس عليه ليصرف ثمنه في سد خلته وإحياء نفسه، ولو لم يبع مات من شدة ألم الجوع، وليس له ما يباع سواه، جائز لا مانع منه، لأن حياته أفضل عند الله من هلاكه، وبقاء الحبس بعده مراعاة للمصلحة الراجحة المرسلة أو الضرورية، فكل منهما مسوغ لبيعه ولارتكاب أخف الضررين، ولأنه لا يجوز أن يحدث في الحبس ما لو علمه المحبِّس ووقف عليه لماختاره ولما رضي به»[2].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

يظهر وجه اعتبار المآل في هذه النازلة في عمل الفقيه بناني رحمه الله بقاعدة الموازنة بين ضررين متعارضين، أحدهما: اثره على الأموال، وثانيهما: أثره على النفوس، وكلاهما لا يمكن درءه إلا بأن يقدم أحدهما على الآخر في الاعتبار، فالأصل في المفاسد درءها جميعا وهذا هو القياس، لكن في مثل هذه النازلة تعارضت مفسدتان، إحداهما آكد من الأخرى، فإما بقاء المحبس حفاظا على المال، فتذهب في المحافظة عليه النفوس، وإما أن تحفظ النفوس ويكون

1- هو أبو عبد الله محمد بن عبد السلام بناني الفاسي، شيخ المالكية في عصره، توفي سنة: 1163هـ. تنظر ترجمته في: وفهرس الفهارس والأثبات، 1 / 225. الشجرة، 1 / 353،

2- ينظر: النوازل الكبرى، 8 / 501.

بيع المحبس سببا في بقائها، خاصة وأنه ليس هناك أمر مباح آخر تسد به الضرورة إلا هذا الوجه، فالذي يقرره العلماء هو أن عادة الشرع تغليب أعظم المفسدتين فتدرأ وتحتمل أدناهما[1]، وهذا التقديم هو مراعاة للمصلحة الراجحة التي هي حفظ النفس، وهذا عين ما ذهب إليه العلامة ابن عبد السلام بناني في الاعتبار، وهو استحسان.

المسألة الثالثة: الشراء من العرب المعروفين بالغصب

سئل الإمام الواغليسي[2] عمن ألجأته الضرورة لشراء الإبل من العرب المعروفين بالغصب، هل يجوز شراؤها منهم أو لا؟

فأجاب: «إذا كان الغصب كثيرا في الإبل حتى يكون هو الغالب عند أربابها لم يجز أن يشتري من عوامهم إلا بعد السؤال، ولا تشترى من المستغرقين منهم بعد السؤال إلا من اضطر على الحد المعلوم في ذلك، أو رجل فقير فعسى يستحب له ذلك»[3].

فهذه صورة الأصل فيها المنع، وذلك تبعا لقاعدة الذرائع، فالأصل أن التعامل مع من عرف بالغصب أو الربا ممنوع شرعا لأن في ذلك تقوية له على أمره وفعله، فكل من فعل ذلك فقد واقع منهيا عنه بمقتضى المنع العام لما في ذلك من المفسدة، وقد التفت الواغليسي

1- ينظر: الذخيرة للقرافي، 3 / 453، والأشباه والنظائر لابن السبكي، 1 / 55.

2- هو أبو زيد عبد الرحمن بن أحمد الوغليسي، الفقيه المالكي شيخ الجماعة ببجاية، توفي سنة 786هـ. ترجمته في: نيل الابتهاج، ص:142، وشجرة النور، 1 / 237، ومعلمة الفقه المالكي لعبد العزيز بن عبد الله، ص: 130

3 – ينظر: المعيار المعرب، 5 / 88، والنوازل الكبرى، 6 / 104.

رحمه الله إلى مآل هذا المنع الكلي، فرأى أن في الناس من لا تنفك حاجته عن ذلك فاستثنى استحسانا من المنع من حملته الضرورة الشرعية على ذلك أو من كان حاله الفقر، وهذا هو المستنبط من قوله: «فعسى يستحب له ذلك».

3- ترك الدليل في اليسير لتفاهته إيثارا لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق

وهذا من تقسيمات الإمام ابن العربي كما نقله الإمام الشاطبي[1]، ووجه ذلك أن التافه في حكم العدم، ولذلك لا تنصرف إليه الأغراض في الغالب، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدي إلى الحرج والمشقة، وهما مرفوعان عن المكلف في حاله ومآله، على اعتبار أن الحرج قد يكون عاجلا ولا يترتب عليه مسببه إلا آجلا[2]، ولأن المتوقع كالواقع.

وغالب الحال أن يتعلق الأمر بالغرر اليسير، فإن الغرر عموما موجب لفساد العقد، وقد عُلِم من أصول الشرع أن الغرر منهي عنه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[3] ولما روى ابو هريرة رضي الله عنه من أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى

1 - ينظر: الاعتصام، ص: 474.
2 - ينظر: قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص: 276.
3 - سورة البقرة، الآية: 188.

عن بيع الحصاة [1] وبيع الغرر[2].

لكن الغرر اليسير الذي لا تنفك عنه العقود لا يبطلها ولا يعود عليها بالإلغاء، لأن حاجة الناس ومصالحهم تقتضي ذلك، والشيء اليسير لا تنفك منه أحوال الناس، ولا محيد لهم عنه، و من ثم فالحكم بصحة معاملاتهم مراعاة لمصالحهم، ومنعهم من هذه المعاملات عنت.

قال ابن رشد الجد: «هذا كما قال، لأن البيوع لا تنفك عن الغرر اليسير فهو مستخف فيها مستجاز، ومن الدليل على ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر، والبيع لا يوصف بأنه بيع غرر حتى يكون الغرر ظاهراص فيه وغالباً عليه، وإنما يجوز شراء الأطال اليسيرة من اللحم المخلوط السمين بالمهزول إذا اشتراه كله، فرأى ما فيه من السمين والمهزول، وإن لم يعرف حقيقة ما يقع من هذا، لأن الغرر في هذا خفيف يسير، فأما إن كان إنما يشتري منه وزناً معلوماً على أن يعطيه إياه من السمين والمهزول وهو لا يدري قدر ما يعطيه من كل واحد منهما، ولا يراه حتى يزنه فلا يجوز قليلاً كان أو كثيرا [3].

1 – بيع الحصاة: أن يقول البائع أو المُشْتَرِي: إذا نَبَذْتُ إليك الحصاة فقد وَجَب البيع. وقيل: هُو أن يقول: بعْتُك من السِّلَع ما تَقع عليه حصاتُك إذا رمَيْتَ بها أو بعْتُك من الأرض إلى حيثُ تَنْتَهي حصاتُك والكُلّ فاسِد لأنَّه من بُيُوع الجاهِليَّة وكلُّها غَرَر لِمَا فيها من الجَهالة. النهاية في غريب الحديث، 1 / 985.

2 – رواه مسلم في كتاب البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، الحديث رقم: 1513.

3- ينظر: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، 9 / 385.

ومعلوم أن الضرر على الناس بتحريم هذه المعاملات أشد عليهم مما قد يتخوف فيها من تباغض أو أكل مال بالباطل لأن الغرر فيها يسير – كما تقدم – والحاجة الشديدة يندفع بها يسير الغرر. والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيح المحرم ؛ فكيف إذا كانت المفسدة منتفية»[1].

المسألة الأولى: الاشتراك في اللبن واستخلاص جبنه

سئل الإمام الشاطبي رحمه الله عن الاشتراك في اللبن لاستخلاص جُبْنِهِ، لضرورة الناس إلى ذلك، وعن المعارف يشتركون في العَجْن والإدام وطَبْخ لحم وما اشبه ذلك، ثم يقتسمون ذلك أو يأكلونه جميعا ولا مَشاحة بينهم ؟.

فأجاب:

«الحمد لله، أما مسألة مخالطة بعضهم لبعض في اللبن لاستخراج جبنه فلا أعرف فيه لأحد نصا، والأصول تدل على منع ذلك، لأن الألبان تختلف في مقدار ما يخرج منها من الجبن، كما تختلف في مقدار ما يخرج منها من الزُّبْدِ أو السَّمْن، فإذا خلطوا ألبانهم على أجزاء معلومة لم يكن الخارج منها بالجبن على تلك النسبة لكل واحد، بل على اختلاف النسبة أو يجهل التساوي في النسبة، فصار كل واحد يزابن صاحبه، والمزابنة[2] منهي عنها...

1 – ينظر: الفتاوى الكبرى، 4 / 32.

2 – المزابنة: بيعُ الرُّطَب في رُؤُس النَّخْل بالتَّمر وأصلُه من الزَّبْن وهو الدفْعُ كأنَّ كُل واحدٍ من المُتبَايعيْن يَزْبِن صاحبَه عن حقِّه بما يزدَادُ منه، النهاية في غريب الحديث، 2 / 711.، والمصباح

بخلاف مسألة المعارف والأقارب في العجن والإدام ونحوهما، ثم يأكلونه جميعا أو يقتسمونه من غير مشاحة بينهم، فإن ذلك مما أجازه أهل المذهب... وأصله من النقل، قوله تعالى ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾[1].

إن العلماء فسروا المخالطة هنا بأنها ليست بشركة في أصل المال، وإنما هي كنحو ما يتعاشر الناس في السفر والحضر، فيأكلون جميعا من طعام هذا وطعام هذا، فيكون لليتيم الطعام ولكافله مثله، فيجعلونه في بيوتهم يقتاتونه، فلما جاء التشديد في أموال اليتامى لم يأمنوا أن يكون أكلهم من طعام اليتيم أكثر مما يأكله اليتيم من طعامهم، فسهل عليهم إذا لم يقصدوا الإفساد، لأن في عزل طعام اليتيم وجميع ما يحتاج إليه من طعام الكافل حرجا، والشرع قد جاء بالتسهيل، فأجاز العلماء مثل ذلك في طعام الرفقاء والأقارب والجيران إذا اجتمعوا وجمعوا أطعمتهم لعجن أو طبخ أو غيرهما بقصد الإعانة والارتفاق في رفع مؤن الاشتغال أو شبه ذلك، لأن جمعه تسهيل وتيسير وتعاون لا يقصد بمثله الربا ولا المزابنة ولا غير ذلك من الممنوعات، فصح أن يغتفر الغرر اليسير أو الربا اليسير، وله نظائر في الشريعة كبيع العرية[2]

المنير، 1 / 251.

1- سورة البقرة الآية: 220.

2 – اختلف في تفسيرها فقيل: إنه لما نهي عن المُزَابَنَة وهو بيع الثمر في رُؤُوس النَّخْل بالتمر رخَّص في جملة المُزَابنة في العَرَايا وهو أن من لا نَخْلَ له من ذَوي الحاجَة يدْرك الرُّطَبَ ولا نَقْدَ بيده يَشتري به الرُّطَب لِعياله ولا نَخْلَ له يطعِمُهم منه ويكون قد فَضَل له من قوته تمر فيجيءُ إلى صاحِب النخل فيقول له: بِعْنِي ثمر نَخلةٍ أو نَخلَتين بِخرْصِها من التمر فيعطيه ذلك الفاضل من

بخرصها تمرا، ورد القيراط على الدرهم في البيع.

إلا أن لطالب الرخصة في مسألة اللبن هنا مدخلا، لأن لكثير من الناس الحاجة في الخلط المذكور، لا سيما لمن كان له من اليسير من اللبن الذي لا يخرج منه جبن على أصل انفراده، ولا على وجه الانتفاع به في بيع أو غيره إلا بحرج إن خرج.

وأيضا فإن العادة في الرعاة أن يذهبوا بكثير من مواشي الناس إلى المواضع البعيدة طلبا للمراعي، ولو كلفوا عند الحلب أن يحلبوا لكل واحد ممن له في الماشية شيء لم يمكنهم، فضلا عن أن يعقدوا له جبنه على حدة، فصار الحرج فيه على اصحاب الماشية، والرعاة أشد مما تقدم في مال اليتيم، فاقتضى هذا الأصل جواز مسألة خلط الألبان بذلك القصد، بل قد يدعى أن هذه الصورة في اليتيم داخلة تحت قوله تعالى:»وإن تخالطوهم فإخوانكم.»إذ من صور المخالطة هنا أن يكون لليتيم ماشية قليلة لو كلف كافله عزل لبنها وجبنها عن جبنه لدخل الحرج، ولا حرج في الدين، قال تعالى: ﴿وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ﴾[1]، معناه فلم يعنتنا في ذلك»[2].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

لا يخفى ما في فتوى الإمام رحمه الله من مراعاة صريحة للمآل،

التمر بثمر تلك النَّخَلات ليُصِيب من رُطبها مع الناس فرَخَّصَ فيه إذا كان دُون خمسة أوْسُقٍ. النهاية في غريب الحديث، 3 / 452.

1 – سورة البقرة، الآية: 220.

2 – ينظر: فتاوى الإمام الشاطبي، 159–157.

ووجه ذلك أنه نظر إلى أيلولة تنزيل الحكم الأصلي الذي أشار إليه بقوله:«والأصول تدل على منع ذلك»، مستكشفا المآل الذي سيؤول إليه الحكم الشرعي إذا ما نزل على الواقع دون مراعاة لما قد ينتج في هذا الواقع من عنت للمكلفين، هؤلاء المكلفون وهم يتعاملون بهذه المعاملات ليس قصدهم مخالفة قصد الشارع، وإنما قصدهم الارتفاق وهو أمر مشروع في أصله، لا يقصدون به ربا ولا حراما ولا مخالفة لما قصده الشارع من منع بيع المزابنة.

ومن هنا، نرى الشاطبي مضى في أول الأمر إلى بيان الحكم الأصلي حتى يعلم المكلف أنه إنما رُخِّص له فقط للحاجة الطارئة عليه، والتي حلت محل الضرورة، إيثارا لدفع المشقة والتوسعة على الخلق، وحتى لا يؤول في استعماله للرخصة إلى الشطط فيها، ويتعدى إلى الحرام الذي لا يمكن بحال أن يصير حلالا لمجرد أن مصلحة المكلف تقتضي ذلك، وقد عُلم أنه لا توسع في الاستثناء، وما الترخيص هنا إلا من باب الاستحسان، والاستحسان في أصله ما هو إلا استثناء من الدليل العام أو القاعدة الكلية

المسألة الثانية: تسلف قلة سمن وطابق لحم

سئل بعض فقهاء الجزائر في من تسلف قلة سمن وطابق لحم، هل يجوز أم لا؟

فأجاب: «تَسَلُّفُ قُلَّة السمن، إن كان تسلُّف ما فيها على أنها كالمكيال فهو من باب السلف بالمكيال المجهول، والمنصوص

جوازه، فإذا رَدَّ عن قُلة السمن مثلها فلا إشكال في الجواز، وإن لم يمكنه رد مثلها فليَرُد قيمتها، وله أن يعطيه عن القيمة إذا تعينت ما شاء حالا بتراضيه، ولا يجوز أن يعطيه قلة أخرى بالتحري، لأن القلة التي تسلفها كالمكيال لما تسلفه، وقد قال ابن رشد في جامع البيوع: «ومن وجب عليه وزن أو كيل مما لا يجوز التفاضل فيه فلا يتقاضاه بالتحري والله أعلم.وأما مسألة الطابق، فيجوز بالتحري لليسارة والضرورة، ونحوه في المدونة في السلم في اللحم على التحري، وبيع الشاتين إحداهما بالأخرى، إذا قدر على تحريهما في جلود، دليل ذلك» [1].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

إن هذه الفتوى جرت على ما ذكره الخرشي[2] في شروط المعقود عليه، حيث يقول:«إلا في: كسلة تين، أي:إلا أن يقع ذلك في سلة تين أو عنب أو نحوهما فلا بأس بشراء ملئه فارغا أو ملئه ثانيا بعد تفريغه بدرهم ; لأن التين والعنب غير مكيل وكثر تكييل الناس لهما بالسلل فجرى ذلك مجرى المكيال لهما»[3].

وفي الفتوى أمران:

- **أولهما:** منع التقاضي بالتحري وبمعلوم، إن وقع السلم على

1 - ينظر: النوازل الجديدة الكبرى، 6 / 38-37.
2 - هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المصري،توفّي في سنة: 1101هـ.ترجمته في: سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر، لأبي الفضل المرادي،4 / 62، وشجرة النور،1 / 317.
3 - ينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل، 5 / 30.

مجهول جريا على أصل المنع لما يؤول إليه ذلك من الربا المنهي عنه.

- **ثانيهما**: جواز التسلف على المكيال المجهول، رغم ما فيه من الغرروهذا تيسير على الناس، لأن عادة الناس لا تنفك عن جعل السمن في القلل، والتين في السلل، فصارت بعرفهم هذه الأشياء في حكم المكيال لما تضمنته، ومن ثم فاقتضاء المسلف ما أسلفه من المسلف إليه ينبغي أن يكون على الوجه الذي وقع عليه السلف بادئ الأمر، لأن الاقتضاء بالتحري مآله إلى الربا الحرام ولو كان يسيرا لأنه اقتضاء معلوم بمجهول.

ثم كان تجويز السلم في اللحم بجنسه مع التحري[1]، وقد جاء في المدونة:«قلت: فإن سلفت في لحم الحيوان كيف يكون السلم في قول مالك أبوزن أم بغير وزن؟ قال: قال مالك: إذا اشترط وزنا معروفا فلا بأس وإن اشترط تحريا معروفا بغير وزن فإن ذلك جائز.

قال ابن القاسم: ألا ترى أن اللحم يباع بعضه ببعض بالتحري والخبز أيضا يباع بعضه ببعض بالتحري فذلك جائز أن يسلف فيه بغير وزن إذا كان ذلك قدرا قد عرفوه»[2].

وقال ابن القاسم في العتبية:«وأما ما أصله الوزن فيجوز فيه التحري مثل اللحم والخبز والبيض يجوز بعضه ببعض تحريا، وذلك إذا بلغه

1 - ينظر:المسائل الملقوطة في الكتب المبسوطة، لابن فرحون، ص: 40، دار ابن حزم، تحقيق: جلال علي القذافي الجهاني، الطبعة الأولى.
2 - ينظر: المدونة الكبرى، 3 / 66.

التحري ولم يكثر حتى لا يستطاع تحريه»[1].

وهذا الاستحسان إنما وقع لأن التفاضل الواقع إنما هو من اليسير النزر الذي لا اعتبار له في الأحكام، ومن هنا نستنتج أن الغرر قد يجوز تبعا للحاجة ويجوز منه اليسير على أساس أن «المتعذر يسقط اعتباره والممكن يستصحب فيه التكليف»[2].

المسألة الثالثة: مسألة في السَّلَم

سئل الإمام السيوري عن السلطان يرمي مالا ظلما على الناس فيأخذ الرجل سَلَما.

فأجاب:«إذا علم أنه إنما أخذ السلم لما ألزمهم السلطان من المغرم وهو مضغوط[3] بأعوان عليه، أو بغير أعوان فلا يجب لما أعطى شيء، لا سلم ولا غيرُه، إلا أن يتطوع بذلك أو بشيء منه بعد علمه بعدم لزومه ولم يكن ذلك تقية فيلزمه»[4].

قال البرزلي: «قيل: هذا واضح على مذهب المتقدمين، وأما على مذهب المتأخرين: السيوري واللخمي وفتوى بعض من أدركناه، فإنه يُشهد عليه الشهود، ويجب عليه أداء السلم، وهو مأجور على ذلك، حتى قال اللخمي: ولو كان المغصوب محجورا فإنه يمضي عليه،

---

1 – ينظر: التاج والإكليل في شرح مختصر خليل، للعبدري، 4 / 360

2 – ينظر: الفروق للقرافي، الفرق: 173، 3 / 993.

3 – وهو من أكره على البيع أو على سببه قال في القاموس: الضغطة بالضم الضيق والإكراه والشدة، (وما أشبهه) من بيع المغصوب منه للشيء المغصوب. انظر بهجة الشيخ التسولي، 2 / 123.

4 – ينظر:النوازل الكبرى، 5 / 160.

حياة الأنفس آكد من حفظ المال، وهذا هو الظاهر، لقوله تعالى: «إلا من أكره[1]».[2]

المشهور من نصوص المذهب المالكي أن تصرفات المضغوط غير لازمة، فلا يلزمه بيعه ولا سلمه ولا غيره من باقي المعاملات التي أكره عليها، ويرد عليه ما باعه أو أسلم فيه بلا ثمن، ما لم يتول قبض الثمن بنفسه فإن عليه أن يرد الثمن قبل أن يسترد شيئه، وهو ما عليه متقدمو المالكية يرحمهم الله[3]، لكن لمتأخري المالكية قول بخلاف قول متقدميهم[4]، ذلك أن المتأخرين نظروا إلى مقصدين متعارضين، رعاية أحدهما فيها فوات الآخر:

- **أولهما**:النظر إلى مقصد المال والحفاظ عليه، وذلك بعدم القول بلزوم بيع المضغوط[5]

- **ثانيهما**: النظر إلى مقصد النفس والحفاظ عليه، وذلك بالقول بلزوم هذا البيع.

فمقتضى النظر والموازنة هنا تجويز هذا البيع مراعاة لهذا المآل،

1 – سورة النحل الاية 160

2 –ينظر: جامع البرزلي، 5 / 156، و المعيار المعرب، 9 / 544.

3 – من فتوى للعلامة المجاصي، انظر النوازل الجديدة، 5 / 146.

4 – فتواهم هنا على خلاف المشهور، والمعلوم من أقوال أئمة المذهب أنه لا يفتى بغير المشهور، غير أن المتأهل للفتوى له الفتيا بغير المشهور على وجه الاجتهاد والاستحسان لموجبه من المصلحة بحسب الوقائع واعتبار النوازل والأشخاص. النوازل الجديدة، 5 / 171.

5 – قال الإمام ابن عاصم رحمه الله في تحفة الحكام ص: 158

ومن يبع في غير حق شرعي بالقهر ما لا تحت ضغط مرعي
فالبيع إن وقع مردود ومن باع يجوز المشترى دون ثمـــن

وهذا مندرج تحت قاعدة حفظ النفوس المجمع عليها في سائر الملل والكتب المنزلة[1]، وهو واجب ما أمكن[2]، وذلك من باب العمل بقاعدة أنه إذا تعارض ضرران ارتكب أخفهما.

يقول الإمام المحقق أبو العباس الهلالي: « مسألة المضغوط على إعطاء مال فيبيع شيئا من أصوله لفكاك نفسه بثمنه، المشهور فيها أنه لا يلزمه، وأنه يرد إليه ما باعه بلا ثمن، ولما كثر الجور وشاع الضغط مال كثير من المحققين من المتأخرين إلى لزومه، وذلك لأن الجري على المشهور يؤدي إلى بقاء المضغوطين في العذاب الأليم وإلى الهلاك بالكلية، لأنهم لا يخلصهم استغاثة ولا شكوى ولا غيرها إلا المال الذي ضغطوا فيه غالبا، وحيث كان كذلك فالمحافظة على النفس والعرض مقدمة على المال»[3].

المسألة الرابعة: مسألة في الشركة

سئل الصائغ[4] عن سانية بين شريكين أو شركاء يريدون قسمتها بينهم وفيها بئر واحدة فهل يعطى كل واحد منهما نصيبه بالقرعة والقيمة وتترك البئر والجابية، وهو مجتمع الماء والموضوع الذي تدور فيه الدابة، مشتركا بينهم ويسقي هذا يوما أو يومين، وكذا شريكه إن كانا اثنين، وإن كانوا ثلاثة قسموا أثلاثا، وتبقى البئر بينهم كذلك

1 – ينظر: الذخيرة للإمام القرافي، 9 / 131.

2 – ينظر: شرح الخرشي على خليل، 2 / 261.

3 – نقلا عن الوزاني، 5 / 147.

4- هو أبو محمد عبد الحميد بن محمد القيرواني المعروف بابن الصائغ، توفي سنة: 486 هـ. تنظر ترجمته في: الشجرة، 1 / 317.

على الإشاعة أو تباع عليهم ولا تقسم لأجل عدم قسمة البئر؟

فأجاب: إذا كانت القسمة على التراضي فيجوز على ما تراضوا عليه ويصححه الشرع، وإما بالجبر وليس فيه كبير ضرر جبروا على القسم وتبقى البئر مشاعة بينهم، والقسمة يُغلَّب فيها أشد الضررين فإن كانت القسمة أضر من خروج الملك غلب خروج الملك، والعكس على العكس، فمن دعا إلى أخف الضررين فالقول قوله[1].

وجه اعتبار المآل في النازلة:

ينطلق الإمام عبد الحميد من مبدأ الموازنة بين الأضرار المترتبة عن بقاء الحال على ما هو عليه بين الشركاء في هذه السانية،وبين الضرر المترتب من القسمة، بحيث يراعى ما ينتج عن بقاء الشركة قائمة إذا لم يتراض الشركاء بينهم، ذلك أن عدم التراضي يلزم إجبارهم على قسمة السانية، مع بقاء البئر، والقسمة لا تخلو من غرر[2]، وعلى اعتبار أنه لا يمكن لأحدهم الاستبداد بالبئر فإنه تقسم منفعتها بينهم، وهنا يوازن بين بقاء الملك مشاعا وبين القسمة، فإذا كان بقاء الملك مشاعا مضرا بأحد الشركاء فإن القسمة واجبة حتما، مراعاة لمعايير التعسف في استعمال الحق، وذلك بالنظر إلى أن ضررها أخف، لكن إذا زاد ضرر القسمة بحيث تعدى ضرر بقاء الملك مشاعا فإن بقاء الملك هو أخف الضررين فيحكم به اعتبارا للمآل، ومنعا للضرر، والحديث قرر أنه «لا ضرر ولا ضرار»، والضرر يزال.

1- ينظر: جامع البرزلي، 5 / 46.
2- ينظر: البهجة، 2 / 210.

4- الاستحسان بالعرف

أ- تعريف العرف:

العرف لغة:

تتلخص المعاني التي تدور عليها مادة (ع ر ف) في كل ما تعرفه النفوس من الخير وتطمئن إليه، وقد أرجع ابن فارس كل معانيها إلى معنيين اثنين:

ـ تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض.

ـ السكون والطمأنينة [1].

العرف اصطلاحا:

اختلفت نظرة العلماء في تعريفهم العرف، فمنهم من يرى أن العرف والعادة بمعنى واحد، ولذلك فلا ضرورة للتفريق بينهما من حيث الحد، فتعريف أحدهما بمثابة التعريف للآخر، ومنهم من يرى أنها تتعلق بقسم من العرف، وهناك فريق ثالث يرى أن بينهما علاقة عموم وخصوص.

الفريق الأول: اتفق أصحاب هذا الاتجاه على أن العرف والعادة هما:«ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول»[2]، قال ابن عابدين: إن العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الما صدق، وإن اختلفا من حيث

1 – ينظر: : معجم مقاييس اللغة لابن فارس، 4 / 281.

2 – ينظر: كتاب: « التعريفات « للجرجاني، ص: 193.

المفهوم»[1].

الفريق الثاني: يذهب بعض الحنفية إلى وجوب التفريق بينهما، من حيث إن العادة متعلقة بالعرف العملي من غير علاقة عقلية[2]، وإليه ذهب صاحب تيسير التحرير[3]، وهم بذلك يجعلون العادة قسيما للعرف القولي.

الفريق الثالث: ومنهم الإمام القرافي، والفخر البزدوي وابن أمير الحاج[4]، على اختلاف بينهم في الحكم على أيهما أعم، وأيهما أخص، فذهب الأحناف هنا إلى أن العرف هو الأعم، والعادة هي الأخص قال ابن أمير الحاج:«العادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، والمراد العرف العملي لقوم»[5].

ويرى القرافي أن العادة أعم من العرف مطلقا، لأن العرف إن أطلق فالمراد به العادة الجماعية، والعادة تطلق على الجماعية والفردية، فيكون العرف أخص من العادة، قال:«والعادة: غَلَبَةُ معنىً من المعاني على الناس. وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كالحاجة للغذاء

1 – ينظر: نشر العرف في بناء الأحكام على العرف، من مجموع رسائل ابن عابدين، 2/ 112.

2 – المقصود بانعدام العلاقة العقلية، ألا يكون تكرار الأمر ناتجا عن سبب أو علة مؤثرة لا يتخلف عنها معلولها كتبدل مكان الشيء بحركته مثلا.

3 – ينظر: تيسير التحرير في أصول الفقه ، لأمير باد شاه، 1 / 386

4 – هوشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد بن حسن، الفقيه الحنفي الحلبي، يعرف بابن أمير الحاجتوفي سنة: 879هـ.ترجمته في: الضوء اللامع للسخاوي، 9 / 210، والأعلام، للزركلي، 7 / 49.

5 – ينظر: التقرير والتحبير، 1 / 282، وكشف الأسرار على أصول البزدوي، لعبد العزيز البخاري، 2 / 95.

والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد دون بعضكالنقود والعيوب، وقد تكون خاصة ببعض الفِرَق كالأذان للإسلام، والناقوس للنصارى»[1].

ب – علاقة العرف بمبدأ مراعاة المآل

من المعلوم أن الفقه الإسلامي يراعي أعراف الناس، ويبني عليها أحكاما بقيود وشروط معينة أهمها: ألا تخالف نصوص الشرع وقواعده، وإنما اعتبر العرف لأنه يعلم أن الناس ما أنشأوا هذا العرف وتمسكوا به إلا لحاجتهم إليه، ولأنه يحقق لهم مصلحة، فراعى الفقه – المعبر عن الشرع– حاجةالجماعة ومصلحتها، فاعتبر العرف ورعايته من أدلته التبعية، وفي ذلك يقول الشاطبي:»لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح، لزم القطع بأنه لا بد من اعتبار العوائد، لأنه إذا كان التشريع على وزان واحد، دل على جريان المصالح على ذلك، لأن أصل التشريع سبب المصالح، والتشريع دائم كما تقدم فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع»[2].

إن الاستحسان في إحدى صوره يستند إلى العرف، ومثاله: دخول الحمام دون تقدير مدة المكث، ورد الأيمان إلى العرف، وإطلاق لفظ المال على مال الزكاة فقط لمن قال: إن مالي كله صدقة، عملا بالعرف الشرعي، وغير ذلك من الأمثلة التي انبنت على العرف وعدل بها عن نظائرها وأشباهها.

1 – ينظر: شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ص: 403.
2 – ينظر: الموافقات، 2 / 494 – 495.

واعتماد العرف في الاجتهاد، سواء في قيام الاستحسان عليه واستناده إليه، أو في عملية الاستنباط العام وفي غير موضوع الاستحسان ليس على إطلاقه وعمومه، وإنما هو واقع في ضوء شروطه وحدوده، ذلك أن شرعية الاستحسان المبني على العرف مستمدة من المعتبرات الشرعية والضوابط الدينية لصحة العرف وقبوله في نظر الشارع، وليس في نظر العقل المجرد أو الواقع المتبدل»[1].

ومن هنا كان من مقتضيات الاتصاف بالاجتهاد أن يكون المجتهد عارفا بعادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام، ولهذا ترى مشايخ المذاهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بانه لو كان في زمانهم لقال بما قالوا به أخذا من قواعد مذهبه[2].

فمما سبق يتبين أن العرف مسلك من مسالك الكشف عن مآلات الأفعال وتنزيل الأحكام، وما دامت العوائد معتبرة، فمراعاتها هي من مقتضيات الشرع، ذلك أن مراعاة مناطات الأحكام قد ترتبط أحيانا

1 - ينظر: الاجتهاد المقاصدي، 1 / 154 - 155.
2 - ينظر: مجموع رسائل ابن عابدين، 1 / 128.

بالعوائد والأعراف السائدة بين قوم مخصوصين، ومن ثم فهي مرتبطة بها، ولربما كانت هاته المناطات مبنية على أصل يستوجب القياس عليه، لكن لضرورة ملجئة ومصلحة متوخاة، أو مفسدة يراد درءها يُحكَّم العرف على خلاف ما يقتضيه القياس حفاظا على مصلحة شرعية أكبر، وهذا ما يوجب اعتبار العرف دليلا من جملة الأدلة كما قال الإمام ابن العربي رحمه الله[1]، أو كما قال في موضع آخر:» وما جرى به العرف فهو كالشرط حسبما بيناه في أصول الفقه من أن العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام«[2].

إن هذا النوع من الاستحسان ينبني أساسا على تجنب تعدية الحكم الأصلي دون التفات إلى ما تؤول إليه هذه التعدية وهذا التطبيق، لأن ذلك حتما يوقع الناس في حرج منتف عن الشريعة، ومرجع ذلك أن المسألة التي جرى فيها العرف والاعتياد على خلاف ما يقتضيه القياس، فإن الاجتهاد يعود عليها بالتسويغ والتقرير وترك حملها على ما تقتضيه القواعد العامة[3]، ويعد هذا من تجليات عوامل المرونة والسعة في الشريعة الإسلامية، وذلك أنها تعتبر عرف الناس سواء كان قوليا أو عمليا.

---

1 – ينظر: أحكام القرءان، 6 / 239

2 – ينظر: أحكام القرءان،7 / 422.

3 – ينظر: اعتبار المآلات، ص: 301.

فإذا ثبت هذا عندنا، علمنا أن إعمال العرف في النظر الفقهي مسألة لا محيد عنها بالنسبة للحاكم، قاضيا كان أم مفتيا، وبما أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فلا يتسنى للأول - أي الحاكم - الحكم، ولا للثاني - أي المفتي - الفتوى إلا بعد تصور تجريدي للنازلة المعروضة عليهما، وهذا لا يتأتى إلا بمعرفة سليمة بأمرين اثنين لا يقوم أحدهما إلا بالآخر:

-* فقه في الواقع وأحوال الناس.

-* فهم الواجب في هذا الواقع وهاته الأحوال، أي فهم حكم الله وحكم رسوله في الواقعة.

وقد قيل:«إن حمل الناس على عوائدهم ومقاصدهم واجب، والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزيغ والجور»[1]، وقال الشاطبي رحمه الله: «المفتي البالغ ذِروة الاجتهاد هو الذي يحملُ الناسَ على المعهود الوسط فيما يليق بالجمهور؛ فلا يذهبُ بهم مذهب الشدة، ولا يميل بهم إلى طرف الانحلال،والدليل على صحة هذا أنه الصراط المستقيم الذي جاءت به الشريعة بلا إفراط ولا تفريط فإذا خرجَ عن ذلك في المستفتين؛ خرج عن قصد الشارع، ولذلك كان ما خرج عن المذهب الوسط مذموماً عند العلماء الراسخين»[2].

1 - ينظر: البهجة شرح التحفة، 2 / 101.

2 - ينظر: الموافقات: 5 / 276.

المسألة الأولى: مسألة الشراكة في علوفة الحرير

سئل ابن سراج رحمه الله عن الشركة في العلوفة على أن يكون الورق على واحد وعلى الآخر الخدمة، وتكون الزريعة بينهما على نسبة الحظ المتفق عليه.

فأجاب: «العَلُوفة على الوجه المذكور المسؤول عنها أجازها بعض الفقهاء، فمن عمِل به على الوجه المذكور للضرورة وتعذر الوجه الآخر فيرجى أن يجوز، قاله ابن سراج»

وقال أيضا: وأما السابعة (كذا)، وهي مسألة العلوفة بورق التوت على ما جرت به عادة الناس عليه اليوم، فإن كان يجد الإنسان من يوافقه على وجه جائز مثل أن يقلب العامل الورق ويشتري نصفها مثلا من صاحبها بعمله وما يحتاج إليه من الورق إن نفذت يشتريانها معا أو يشتريها صاحب الورق من غير شرط في أول المعاملة؛ وأن يشتريها وحده فيرجع نصفها له مثلا بنصف عمله فإن وجد من يعمل هذا فلا يجوز له أن يعمل ما جرت به عادة الناس اليوم على مذهب مالك وجمهور أهل العلم، ويجوز على مذهب أحمد بن حنبل وبعض علماء السلف قياسا على القراض والمساقاة، وأما إن لم يجد الإنسان من يعملها له إلا على ما جرت به العادة وترك ذلك يؤدي إلى تعطيلها ولحوق الحرج وإضاعة المال فيجوز على مقتضى قول مالك في إجازة الأمر الكلي الحاجي والسلام عليكم»[1].

1 - ينظر: فتاوى ابن سراج، ص: 194، وانظر: المعيار المعرب، 5 / 62.

وجه اعتبار المآل في النازلة:

بناء على هذه الفتوى، يتبين لنا أن المسألة قائمة على مراعاة عرف الناس والعمل به لحفظ مصالحهم، ورفع الحرج عنهم، ذلك أن الأصل في هذا النوع من المعاملات هو المنع، ما دام الإنسان يلقى من يعاقده على الوجه المشروع، فلا يحل له أن يميل عن هذا التصرف إلى غيره إلا لضرورة ملجئة لو التزم معها بأصل المنع لحقه الضرر والحرج، وقد قال مالك في بعض المسائل:» لا بد للناس مما يصلحهم، وظاهر الكلام أنه تراعى هذه المصلحة إذا كانت تجري على أصل شرعي[1].

وهذا تفرع عن طبيعة قاعدة الاستحسان، ولهذا نعود إلى قول الشاطبي رحمه الله وهو يؤصل لهذه القاعدة، حيث يقول رحمه الله:» وهو في مذهب مالك الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمرا إلا أن ذلك يؤدي إلى فوات المصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك، وكثيرا ما يتفق في هذا الأصل الضروري مع الحاجي، والحاجي مع التكميلي فيكون إجراء القياس مطلقا في الضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض

1 – نفس المصادر السابقة، بالتوالي، ص: 192، و5 / 61.

موارده فيستثنى موضع الحرج، وكذلك في الحاجي مع التكميلي أو الضروري مع التكميلي وهو ظاهر»[1].[2]

1 – ينظر: الموافقات: 5 / 194

2 – ومن أمثلة ذلك ايضا ما جاء في نوازل الوزاني رحمه الله، أن المحقق السجلماسي شارح العمل الفاسي سئل عن رجل عقد على ابنه الصغير الإجارة على أن يرعى إنما لرجل بالربع من نتاجها، ويكون رواح الغنم ومبيتها عند ربها، هل يجوز هذا العقد أم لا ؟ وإذا ضاعت الغنم وخرج الإبن المذكور عن الغنم بعد رعاية شهور هل له أجرة على ما مضى أم لا ؟فأجاب: « بأن العقد على الوجه المذكور لا يجوز كما في الوثائق، ولا يجوز أن تكون أجرة الراعي جزءا من نتاجها، فإن وقعت على ذلك فسخت الإجارة وكانت له أجرة مثله فيها «. قال الشيخ الوزاني: « إذا ثبت هذا فما كثر عليه عمل الناس اليوم في هذا البلد من إعطاء الغنم لمن يرعاها بجزء من النتاج على أن تكون الغنم عند المعطى له يمكن أن ينتحل له وجه في الجواز على مقتضى قول الشيخ سيدي ابن سراج في إعطاء الأجباح لمن يخدمها بجزء من غلتها وكذا الأفران والأرحى، وهي إجارة مجهولة، وإنما يجوز ذلك على قول من يستبيح القياس على المساقاة والقراض... وعليه يخرج عمل الناس اليوم في أجرة الدلال لحاجة الناس إليها ولقلة الأمانة وكثرة الخيانة». أقول: وإن كان الشيخ الوزاني في تتمة كلامه قد خالف ما قرره ابن سراج هنا، حيث قال: «وإذا كان الجواز في مثل هذا معللا بقلة الأمانة وكثرة الخيانة، فنازلة السؤال لا تجري فيها هذه العلة، وبيان ذلك أن الناس إنما احتاجوا إلى الاستئجار على الرعاية بجزء من النتاج لأجل أن ينصح الراعي في تربية النتاج للحق الذي له بخلاف إذا لم يكن له حق فيه، فربما يقع منه التفريط في تربيته، وهذه العلة مفقودة في مسألة النازلة، لكون الراعي إنما يسرحالغنم وتروح على ربها فتبيت أمام خيمته، وهو الذي يباشر النتاج في تركه مع الأمهات يرضع، وفطامه إن استغنى ، وعلفه إن احتاج، وإدخاله الخيمة وقت شدة المطر والبرد، وغير ذلك مما يعرفه أهل البوادي، وإذا كانت هذه العلة التي من أجلها رخص في العقد الممنوع مفقودة في النازلةلم يبق إلا الأصل الذي هو المنع في ذلك العقد فيفسخ، وإذا فسخ كان للراعي أجر مثله فيما رعى كما ذكرنا وبالله التوفيق. « 8 / 106 – 107 .وإنما أثبت البحث سابق كلامه لأن الغرض التمثيل لا بيان الراجح في المسألة.

ومنه أيضا، ما نقل الوزاني عن العلامة المجاصي ن ذلك أنه سئل عن مسألة رجل له بقر عند أناس وديعة، يعطونه في كل عام لكل بقرة ربعا من السمن على أن يأخذوا غلتها ويحافظوا عليها، ويقوموا بمؤنها، فهل سيدي يصح هذا، وهل يجوز للرجل بيع غلتها بما يرى في كل عام على أن يدفع لهم البقر ويقوموا بملاومها، الجواب عن ذلك كله، والسلام. فأجاب: «... وإنما نقل من نقل الجواز عن مالك رضي الله عنه في الأمر الحاجي الكلي كالمساقاة والقراض، فمن يرى القياس على الرخص قاس عليهما كالعمل في الكرم على النصف، وحراسة الزرع

المسألة الثانية: باع دارا واشترط على المشتري أنها قفة من تراب

سئل الإمام أبو القاسم العقباني عن رجل اشترى دارا من رجل آخر، وشرط البائع على المشتري حين التبايع أن الدار قفة من التراب، فقال له المشتري: خلها كيف كانت. وكان بقي له عليه دنانير من الثمن، ثم إنه لما دفع له وخلصه، قال البائع للمشتري مثل مقالته الأولى، فجاوبه أيضا المشتري بما جاوبه أولا، ثم وجد بالدار المذكورة عيوبا، فهل له القيام على البائع أم لا ؟

فأجاب: إن كان قيام المشتري في غير وهن البناء وضعفه مما لم يشترط عليه صح له، أما ما اشترط عليه فلا يقوم به، لكن ما وقع من لفظ البائع في قوله: قفة من تراب، إن كان أهل العرف يستعملونه على كون الجدرات والبنية واهية، قد قاربت السقوط، كان اشتراطا مستقيما، وإن كان يستعملونه تلفيفا وحيلة في التبري من عيب لا يُعلم لم يعتبر، وكان للمشتري القيام، والأقرب عندي استعمالهم إياه في الوجه الأول، وليس على ما يشمله النخاسون في الدواب في قولهم: تشتري قفة لحم، هذا قصد التلفيف»[1].

بجزء منه، وقد وقع هذا للشعبي في نوازله بشرط الضرورة، وعليه عمل الناس الناس اليوم في أجرة الدلال لعدم الثقة بالسماسرة وشدة الحاجة إليهم... « وقد نقل ذلك وهو يخالفه. النوازل الكبرى، 8 / 102.

1 - ينظر: المعيار المعرب: 6 / 132.

وجه اعتبار المآل في النازلة:

اعتمد أبو القاسم العقباني رحمه الله على العرف المتداول بين أهل الصناعة في البلد، في دأبهم استعمال لفظ: قفة تراب، واطلاقهم إياه على ما يكاد يتهاوى من الحيطان والجدر والبنيان، دلالة على أن المبيع معيب، فيعتبر ذلك شرطا في العقد، بحيث إذا قبله المشتري كان ذلك مانعا له من القيام على البائع، ما دام العرف السائد هو هذا.

وميل العقباني إلى ترجيح استعمال هذا العرف واستبعاد نية التلفيق والتحيل بدل المنع من إيقاع العقدهو التفات إلى المآل، إذ المنع تضييق وتحجير على الناس، مع أن الأصل أن البائع ملزم ببيان عيوب المبيع، ولا تبرأ ذمته إلا أن يسميها، وهذا سيكون من باب الفقه المجمل، والواجب على القاضي والمفتي النظر إلى جزئيات المسائل في كل نازلة نازلة، وإلى العوائد والأعراف، لأنه أسلوب معتاد في الشريعة، فلا يعتمد في جميع النوازل على فقه مجمل، بل لا بد من النظر في الصور الجزئية وما اشتملت عليه من الأوصاف الكلية[1].

المسألة الثالثة: من أوصى بصدقة داره فبيعت وصيرت في مصالح مسجد هل يمضي ذلك أم لا؟

سئل أبو الضياء مصباح رحمه الله عن رجل قال عند موته: داري صدقة بعد موتي، وهي أقل من الثلث، فعمد أهل البلد على تلك الدار

1 - ينظر: النوازل الكبرى، 5 / 11.

فباعوها وصرفوا ثمنها في حُصُر مسجد وسقفه هل يجوز هذا من فعلهم أم هي للفقراء والمساكين؟ فإن قلتم: إنها للفقراء والمساكين، فهل تجوز الصلاة على هذه الحصر أم تمنع؟ جوابكم سيدي بالفضل منكم.

فأجاب: الجواب أكرمكم الله أن ما فعله القوم فيه من بيع الدار وصرف ثمنها في مصالح المسجد ماض لا يتعقب، فإن عرف العامة اليوم في الصدقة أنها لا يقتصر بها على المساكين، وأن الصدقة عندهم عبارة عن كل ما خرج عنه مالكه لله، وسواء صرف للمساكين أو في مصالح المسجد أو غيره، هذا الذي ظهر لي ولم أقف فيه على نص، وبالله التوفيق».

وجه اعتبار المآل في النازلة:

يتمثل اعتبار المآل في هذه النازلة في أن الإمام أبا الضياء رحمه الله احتاط في المسألة، واستند في احتياطه هذا على العرف السائد بين العامة في عدم تخصيص مفهوم الصدقة في وجه معين أو بجهة معينة، وبما أن المسألة لا نص فيها ينقل، فأقول أنه في تصوري لنازلة أبي الضيا أن تحكيم العرف استحسانا منه فيه ما يلي:

ـ **أولا**: عدم تفويت القصد الذي قصده المتصدق، بأن جعل صدقته لله تصرف في الوجه الذي يصدق عليه لفظ الصدقة.

ـ **ثانيا**: لو اعتبر أن القصد من الصدقة هو أن تعطى للفقراء فقط، لضيع ذلك احتمال ألا يكون المتصدق قصد بذلك الفعل منه هذا

التصرف بعينه.

ـ **ثالثا**: أن الفقراء قد يكون لهم من جهات التصدق عليهم ما يؤمن معه أن ينالهم الحق المعلوم لهم في أموال الأغنياء.

ـ **رابعا**: أن المسجد حق للفقراء والأغنياء فهم فيه سواء، وصرف قيمة الدار على منافع المسجد أمر جائز لأن به قيام الشعائر، فلما كان ذلك حقا مشتركا لم يكن صرفها على الفقراء عند أبي الضياء أولى، ومن ثم فإذا كان القصد العام من التصدق أن ينال الفقراء، فإن هذا العرف يخصص بأن يكون المسجد ومرافق المسلمين مشمولة في هذا المعنى.

5- الاستحسان بمراعاة الخلاف

أ – تعريف المراعاة لغة واصطلاحا

المراعاةلغة:مصدر راعى أمره: حفظه وترقبه، والمراعاة المناظرة والمراقبة، يقال: راعيت فلانا، مراعاة ورعاء إذا راقبته وتأملت فعله، وراعيت الأمر: نظرت إلى ما يصير، وراعيته: لاحظته، وراعيته من مراعاة الحقوق[1].

وفي القاموس: «راعيته: لاحظته ونظرت إلام يصي[2] وجاء في المعجم الوسيط: راعاه، مراعاة ورعاء: لاحظه وراقبه، يقال: راعى الأمر: راقب مصيره ونظر في عواقب[3].

1- ينظر: لسان العرب لابن منظور، مادة: (رع ي) 14 / 325.
2- ينظر: القاموس المحيط للقيروز آبادي مادة (رعي) باب الياء فصل الراء، 4 / 329.
3- ينظر: المعجم الوسيط،1 / 356.

أما اصطلاحا: فإن مراعاة الإنسان للأمر مراقبتُه إلى ماذا يصير وماذا يكون منه[1] و«المراعاة بضم الميم مصدر راعى، ملاحظة الوضع في الاعتبار[2] وهي الاعتبار وأخذ الأمر بعين الاهتمام، ومنه مراعاة الخواطر، وهي احترام رغبات الأشخاص، جاء في الموسوعة الفقهية:»ولا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن معناه اللغوي[3].

ب-تعريف الخلاف لغة واصطلاحا:

الخلاف لغة:هناك جدل في العلاقة بين الاختلاف والخلاف وإن كان البعض يرجح أن معناهما عند الفقهاء واحد[4]، ولكن الذي يهمنا أساسا هو التعامل مع المسمى كما هو في كتب الأصول، ونقصد بذلك: مراعاة الخلاف.

والخلاف في اللغة نقيض الوفاق، كما يناقض الاختلاف الاتفاق، والاختلاف كما يقول الراغب[5] أن يأخذ كل واحد طريقا غير طريق الآخر في حاله وأقواله، والخلاف أعم من الضد، لأن كل ضدين مختلفان، وليس كل مختلفين ضدين[6].

والخلاف اصطلاحا:هو أن تكون اجتهادات الفقهاء وآراؤهم

1- ينظر: مفردات ألفاظ القرءان للراغب الأصفهاني، ص: 198

2- ينظر: معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي، ص: 420.

3- ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: 36 / 331.

4 -لمن أراد النظر في ذلك فليرجع إلى كليات أبي البقاء الكفوي، ص:73،، وكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي++

5 - الحسن بن محمد بن الفضل ابو القاسم الأصفهاني، وفاته سنة: 502 هـ، ترجمته فيبغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة 2 / 297، وسير اعلام النبلاء للذهبي: 18 / 183

6 - ينظر: مفردات ألفاظ القرءان: 294.

وأقوالهم في مسألة ما متغايرة، كأن يقول بعضهم: هذه المسألة حكمها الوجوب، ويقول البعض: حكمها الندب، ويقول البعضحكمها الإباحة، وهكذا [1].

ج - تعريف مراعاة الخلاف :

قرر بعض الباحثين»[2] أن أول من وضع حدا لمفهوم مراعاة الخلاف هو الإمام ابن عبد السلام الهواري التونسي، وإن لم يذكر المؤلف مصدره ودليله في دعواه هاته، ولكن بالبحث وُجِدَت مظانها في كتاب المنتخب للمنجور[3]، ومنار أهل الفتوى لناصر الدين اللقاني[4]، وكتاب المعيار المعرب عن فتاوى أهل افريقية والمغرب، للإمام العلامة الونشريسي، وتبعه في ذلك الإمام أبو العباس القباب الفاسي المغربي، ثم الإمام بن عرفة، ثم إمام الأئمة الشاطبي رحمه الله تعالى، ويمكن التسليم بقوله هذا فيما يتعلق بمحاولة وضع الإطار الحدي لهذا الأصل، وإلا فإن عادة قدماء المالكية أنهم كانوا يراعون الخلف دون كبير عناية بمعنى حقيقة هذه المراعاة.

وفيما يلي تعريف كل واحد من هؤلاء الأئمة:

---

1 - ينظر: مراعاة الخلاف لمحمد الأمين ولد سالم الشيخ. 86 - 87.

2 - ينظر:مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، ليحيى سعدي، ص: 68.

3 - هو أبو العباس أحمد بن علي المنجور، توفي سنة: 995هـ. ترجمته في: درة الحجال في أسماء الرجال لأحمد بن القاضي المكناسي، 2 / 213، وشجرة النور، 1 / 287.

4 - هو أبو الإمداد ابراهيم بن ابراهيم بن حسن، الملقب ببرهان الدين اللقاني المالكي، توفي سنة 1040 هـ، وقيل 1041 هـ. ترجمته في شجرة النور 1 / 258، وخلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر،للمولى محمد المحبي،1 / 6.

❋ تعريف الإمام ابن عبد السلام: قال: «هو إعمال كل واحد من الدليلين فيما هو أرجح فيه»[1].

❋ وعرفه الإمام القباب فقال: «وحقيقة مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه[2].

ويمضي في بيان ذلك فيقول: «إن الأدلة الشرعية منها ما تتبين قوته تبينا يجزم الناظر فيه بصحة أحد الدليلين والعمل بإحدى الأمارتين، فها هنا لا وجه لمراعاة لخلاف ولا معنى له، ومن الأدلة ما يقوى فيها أحد الدليلين وتترجح فيها إحدى الأمارتين قوة ما ورجحانا ما لا ينقطع معه تردد النفس وتشوفها إلى مقتضى الدليل الآخر، فها هنا تحسن مراعاة الخلاف، فيقول الإمام ويعمل ابتداء على الدليل الأرجح لمقتضى الرجحان في غلبة ظنه... فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر، لم يفسخ العقد ولم تبطل العبادة، لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتبار، وليس إسقاطه بالذي تنشرح له النفس، فهذا معنى قولنا: إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه»[3].

❋تعريف الإمام ابن عرفة: قال:«هو إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أًعمل في نقيضه دليل آخر»[4].

1- ينظر: منار أصول الفتوى للقاني:ص: 301، والمعيار 6 / 388

2 - ينظر: المعيار: 6 / 388

3 - ينظر: المعيار: 6 / 388.

4 - ينظر: شرح حدود ابن عرفة للرصاع: 2 / 623

ويزيد كلامَ ابن عرفة وضوحا، كلامُ الإمام الرصاع[1]، حيث يقول في شرح كلام ابن عرفة:«هو رجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم قوله المخالف».

*تعريف الإمام الشاطبي: يقول مفخرة المالكية عليه رحمة الله تعالى: «إعطاء كل واحد منهما أي دليلي القولين ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه هو معنى مراعاة الخلاف».

ثم يشرح كلامه فيقول: «وذلك بأن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداء، ويكون هو الراجح، ثم بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحا لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف، فيكون القول بإحداهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر»[2].

بعد هذا السرد، يلاحظ أن تعريف الإمام ابن عرفة والإمام الرصاع والإمام الهسكوري تعاريف تصب في معنى واحد، وهي أدق وأشمل لكونها تتضمن معنى إضافيا يتمثل في كون المجتهد حين مراعاته للخلاف يعمل بدليل مخالفه ويثبت جميع الآثار الشرعية المترتبة على هذا الدليل؛ وبذلك يكون قد رجح أحد الدليلن، والترجيح لا يكون إلا إذا كان صفة ملازمة لأحد المتعارضين، كما نلحظ أن تعريف الإمامين ابن عبد السلام والقباب تضمنا نوع قيد لمراعاة

1 – هو أبو عبد الله محمد بن قاسم الرصاع الأنصاري التلمساني، كانت وفاته سنة= 894هـ. ترجمته في: توشيح الديباج وحلية الابتهاج للقرافي، ص:216 ترجمة رقم: 219، ونيل الابتهاج بتطريز الديباج لأحمد بابا التنبكتي، ص: 323، وشجرة النور الزكية في طبقات المالكية: ص: 1 / 259.

2 – ينظر: الموافقات5 / 108

الخلاف، والمقصود به وقوع التعارض بين دليل المجتهد ودليل مخالفه.

وفي هذا المقام يميل البحث إلى تعريف الدكتور محمد أحمد شقرون، فبعد أن أورد الدكتور مجمل التعاريف السابقة وعقب عليها بعدد من الاعتراضات تصلح أن تكون ضابطا لتحديد مفهوم دقيق لمعنى مراعاة الخلاف، وقد حاول تدارك ما فات الأئمة الالتفات إليه، فعرف مراعاة الخلاف بأنها « ترجيح المجتهد دليل المخالف بعد وقوع الحادثة، وإعطاؤه ما يقتضيه أو بعض ما يقتضيه»[1].

فهو في تعريفه أشار إلى قضية مهمة وهي أن مراعاة الخلاف هي بعد وقوع الفعل وليس قبله، حتى لا يظن ظان أن مجرد المخالة بين دليلين موجب لمراعاة أحدهما، وهو ما فات الأئمة ذكره، وإن كان هو نفسه قد وقع فيما اعترض فيه على بعض الأئمة، ويظهر أنه استفاد كثيرا من كلام الشاطبي رحمه الله في صياغة المعنى الذي ذهب إليه، حيث يفهم معنى الترجيح الواضح ذكره في كلام الشاطبي الآنف.

د- بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف

اختلف علماء الأصول في الصلة بين مراعاة الخلاف والخروج منه، وقد انقسموا في ذلك إلى قسمين:

- **القسم الأول**: يرى أن مراعاة الخلاف هي نفسها الخروج منه، ولا فرق بينهما من حيث المعنى، أو من حيث الإعمال، فيسوون

1 - ينظر: مراعاة الخلاف، لشقرون ص: 73

بذلك بين قاعدة مراعاة الخلاف، وقاعدة الخروج من الخلاف، ولا اعتبار عندهم للقبلية أو البعدية في الفعل،أي هل الأمر يتوجب قبل وقوع الفعل أم بعده، ولذلك فهم حين يطلقون مراعاة الخلاف، فإنهم يقصدون الخروج من الخلاف والعكس صحيح، وهذا مذهب عامة الحنفية[1] والشافعية[2] والحنبلية[3]، وإليه ذهب بعض المالكية[4]، ولكن هذا لا يمنع أن المالكية يعملون بالخروج من الخلاف قبل وقوع الفعل كسائر المذاهب، مع انفرادهم بتمييز مراعاة الخلاف بما بعد وقوع الفعل[5].

ومفهوم مراعاة الخلاف عند أهل هذا الرأي هو أخذ بالأحوط في الدين، واتقاء للشبهة فمراعاة الخلاف عندهم لا تستلزم ترك دليل المفتي أو الإمام والأخذ بدليل المخالف له، وإنما الأمر عندهم توسط بين دليل الإمام ودليل المخالف، فيكون الأمر مثلا ندبا بين غير المأمور به في مذهب المفتي والواجب في مذهب غيره، ومكروها بين ما هو جائز في مذهبه وحرام في مذهب مخالفه، أي أن مراعاة الخلاف قبل الوقوع أو الخروج من الخلاف هو عمل بدليل ثالث عند تعارض الدليلين[6]، ما لم يلزم من ذلك إخلال بسنة، أو وقوع في

1 – ينظر: حاشية ابن عابدين،1 / 147 – 152.
2 – ينظر: لمنثور في القواعد للزركشي، 2 / 130، والأشباه والنظائر للسيوطي، ص: 136.
3 – ينظر: المسودة في اصول الفقه لال تيمية، ص: 540.
4 – كأبي عبد الله المقري في قواعده، 1 / 236 – 237.
5 – للتفصيل، يرجع إلى دراسات مراعاة الخلاف للدكتور ولد الشيخ والدكتور شقرون.
6 – ينظر: كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب، ص: 168.

خلاف آخر[1].

القسم الثاني: وهو مذهب عامة المالكية، أي التفريق بين مفهوم مراعاة الخلاف والخروج منه[2]،ذهب إليه الإمام ابن عبد السلام، والقباب وابن عرفة، وهو ما استقر عليه الشاطبي رحمه الله، وهو مفهوم خاص بالمالكية مبني على أن مراعاة الخلاف لا تكون إلا بعد وقوع الفعل.

أي أن مراعاة الخلاف عند المالكية هي عبارة عن إعادة نظر من المجتهد في الحكم بعد الوقوع لما يترتب عليه من آثار وإشكالات

---

1 - ينظر: شرح صحيح مسلم، للإمام النووي، 2 / 23.

2 - يذهب كثير من الباحثين المعاصرين إلى أن المالكية لم يكونوا يفرقون بين مفهوم الخروج من الخلاف، ومفهوم مراعاة الخلاف، ومن هؤلاء الدكتور عبد الرحمن السنوسي في كتابه: « اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات »، حيث يجزم أن هذه التفرقة هي من صنيع متأخري المالكية كابن عرفة والقباب وابن عبد السلام،ويقرر أن تعريفات هؤلاء الأعلام لمراعاة الخلاف تستبعد مفهوم الخروج من الخلاف من المفهوم العام لمراعاة الخلاف،وذلك أنهم حصروا اعتبار الخلاف في لازم مدلول دليل المخالف، وذلك جزء من كل على حد قوله، كما يقرر جازما أن عدم التفرقة بين المفهومين هو مشهور المذهب دون أن يعطي على ذلك مثالا،ودليله في ذلك استقراء أقوال ائمةالمالكيةمعقبا على فعل الشاطبي بتركيزه على أمثلة ما بعد الوقوع لصلتها الوثيقة بمبدا اعتبار المآلات، وعازيا اللبس في المفهوم إلى عبارة الإمام ابن عرفة في بيان مفهوم مراعاة الخلاف. انظر كتابه: « اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات»، ص: 321 - 322.

وظني - والله أعلم - أن هذا الموقف من الدكتور السنوسي، لا يستند إلى سند دقيق، إذ القصد أن مراعاة الخلاف لا بد وأن ينظر فيها إلى تضييق دائرة الفساد بعد الفعل لا قبله،إذ لا تكفي قوة المأخذ حتى توجب مراعاة الخلاف قبل وقوع الفعل، ولكن مراعاة الخلاف هي مسلك للموازنة بين الأدلة ونتائج تنزيل أحكامها، ويكفي بينهما فرقا أن الخروج من الخلاف لا يناقض الناظر فيه دليل إمامه، وإنما هو جمع بين دليلين، وهذابخلاف مراعاة الخلاف التي هي طرح لدليل وأخذ بآخر، ويترتب عليها تصحيح بعض العقود، أو إفساد أخرى.

تستدعي نظرا جديدا، يأخذ بعين الاعتبار دليل المخالف، فيبني الأمر الواقع على مقتضاه أو بعض مقتضاه وإن كان مرجوحا في أصل نظره، إلا أنه لما وقع الأمر على وفقه روعي جانب آثار الفعل وما يترتب عليه، فتجدد الاجتهاد بأدلة جديدة ونظر جديد[1].

ه- علاقة مراعاة الخلاف بمبدأ مراعاة المآل

لم يفت الشاطبي رحمه الله وهو يقرر القواعد المندرجة تحت مبدأ مراعاة المآل، أن مراعاة الخلاف هي قسم من أقسام الاستحسان عند المالكية، فقد قال رحمه الله في الاعتصام: «إن من جملة الاستحسان مراعاة خلاف العلماء، وهو أصل من أصول المالكية ينبني عليه مسائل كثيرة»[2].

لكن نجده في كتابه الموافقات يفرد قاعدة مراعاة الخلاف بالحديث حتى قبل الحديث عن الاستحسان، وأولاها عناية واضحة لبيان علاقتها بالنظر في مآلات الأفعال.

ولعل طريقة الشاطبي في تناوله لقاعدة مراعاة الخلاف أوضح الطرق في تحديد إعمال المالكية لهذه القاعدة، ووجه التفرقة بينها وبين قاعدة الخروج من الخلاف، إذ يتناول هذه القاعدة من باب الترجيح بين المصالح والمفاسد والموازنة بين الأدلة وآثار تنزيلها

1 – ينظر: مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، ص: 99 – 100.

2 – ينظر: الاعتصام، ص: 467.

في الواقع، ومن باب الاستثناء من الأصول العامة تحقيقا للمصالح الشرعية.

إن قاعدة مراعاة الخلاف ترتبط ارتباطا وثيقا بقاعدة فقهية مقاصدية لا غنى عن الأخذ بها لمن كانت همته النظر في أمور العباد من جلب المصالح لهم ودرء المفاسد عنهم، وهذه القاعدة هي: «يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء»[1]، ذلك أن تغيير الأمر الواقع كثيرا ما يكون أصعب من ابتدائه وإيجاده من الأساس، كما في القاعدة الفقهية: المنع أسهل من الرفع، فمنع وقوع الخلل والانحراف ابتداء أسهل من رفعه وإزالته بعد وقوعه.

ولذلك يغتفر في البقاء والاستدامة ما لا يغتفر في الإنشاء والإيجاد، فإذا كان التغيير والإزالة يترتب عليه مفسدة أكبر من مفسدة بقائه، حكم ببقائه ترجيحا لكبرى المصلحتين، ودفعا لأعظم المفسدتين.

يقول الشاطبي رحمه الله: «وذلك أنّ الممنوعات في الشرع إذا وقعت فلا يكون إيقاعها من المكلّف سببا في الحيف عليه بزائد على ما شرّع له من الزواجر أو غيرها... وإذا ثبت هذا فمن واقع منهيا عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤد إلى أمر أشدّ عليه من مقتضى النهي فيترك وما فعل من ذلك، أو نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق

1 - هذه القاعدة هي من الصيغ التي تدل على مضمون قاعدة: الدفع اسهل من الرفع، وقد سبق شرح هذه القاعدة حين الحديث عن تعريف اعتبار المآل في الباب الفصل الأول من الباب الأول.

بالعدل نظرا إلى أنّ ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلا على الجملة، وإن كان مرجوحا فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه، لأنّ ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أنّ النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن من القرائن المرجحة،... وهذا كلّه نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد..[1]»

فتبين أن أنه يغتفر ويتسامح في بقاء واستمرار حكم لم تتحقق فيه بعض الأمور المطلوبة شرعاً بعد وقوعه وتمامه ما لا يتسامح فيه لو كان يراد ابتداؤه على الوجه الذي تختل فيه تلك الأمور.

إن هذا التسامح يعود في أساسه إلى مبدأ الاحتياط، فيلجأ إليها المفتي نظرا لما تقتضيه مصلحة المكلف من درء المفسدة عنه، وذلك حين يترتب على منعه من فعله مفسدة أكبر من تلك التي أوجبها تصرفه، وهذا عين مراعاة المآل التي تحدث عنها الشاطبي حين قال:»النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل؛ فقد يكون مشروعا لمصلحة قد تُستجلب أو لمفسدة قد تُدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع

1 - ينظر: الموافقات: 4 / 146 - 147

لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها؛ فيكون هذا مانعا من انطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة مثلها أو تزيد؛ فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق، محمود الغب، جارٍ على مقاصد الشريعة»[1].

على هذا الأساس، يبني المالكية في تعاملهم مع النوازل فتاواهم، بالنظر إلى ما سيترتب على منع الفعل من مفاسد مقارنة مع ما يستجلبه تجويز الفعل بعد وقوعه.

المسألة الأولى: في النقود الجارية وصرفها

سئل ابن سراج رحمه الله سئل عن رد القراريط المقروضة الجارية بين الناس، هل يجوز ردها على الدرهم الصغير أو الكبير إذا اشترى بدرهم ونصف؟ وإذا قيل بالجواز هل يجوز رده ورد القيراط الصحيح بغير وزن القيراط إذ لا يوجد للقيراط ميزان في أكثر الموازين أعنيالقلسطون[2] ؟، فهل يجوز رد القيراط صحيحا كان أو مقروضا بغير وزن لكن يعدون الدرهم إذ لا ضرورة فيه ؟

1 - ينظر: الموافقات: 5 / 178.

2 - القلسطون: أو القرسطون،وهو القسطاس، والقِسْطاس هو ميزان العدل أَيَّ ميزان كان من موازين الدراهم وغيرها، انظر لسان العرب، مادة قسط.

فأجاب عن المسألة الأولى بما نقله من جواز الرد للضرورة، وعدم منع الإمام مالك لذلك، أما المسألة الثانية، فقال: «الأولى في الرد في الدرهم على المذهب المنع لأنه فضة وسلعة بفضة، ومذهب مالك منع هذا[1]، لكن أجازه في الرد في الدرهم للضرورة، وخالف أصله، فقد روي عنه أنه قال: كنا نمنعه ويخالفنا أهل العراق، ثم أجزناه لضرورة الناس، ولأنهم لا يقصدون به صرفا، فإذا تقرر هذا فيقال: كان الأولى في الوزن أن يكون بميزان غير القلسطون حتى يتحقق به مقدار النقص، فإن الدرهم إذا وزن بالقلسطون إنما يفيد معرفة وزنه من نقصه، وأما مقدار ما بين درهمين فلا، وجرى العمل من الشيوخ بالمسامحة في الرد به للضرورة، لأنه لا يوجد ميزان غيره لذلك، وقد يكون الدرهم يهبط في القلسطون من كل جهة، ويكون المردود عليه يهبط فيه من جهة واحدة وبالعكس، فقد تحقق عدم التساوي بين الدرهمين ولكن سمحوا بهذا للضرورة مراعاة لمذهب أهل العراق[2]، فإنهم يجيزون

1 – يدخل هذا تحت مسألة: مد عجوة ودرهم، ويطلق عليها الفقهاء بيع ربوي بجنسه، ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسهما، وقد منعها الشافعي رحمه الله، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ بِجَوَازِهِ، فَأَبَاحَ بَيْعَ مُدِّ تَمْرٍ وَدِرْهَم بِمُدَّيْنِ، وَجَعَلَ مُدًّا بِمُدٍّ وَدِرْهَمًا بِمُدٍّ، وَأَجَازَ بَيْعَ سَيْفٍ مُحَلًّى بِذَهَبٍ بِالذَّهَبِ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ أَكْثَرَ ذَهَبًا مِنَ الْحِلْيَةِ، لِيَكُونَ الْفَاضِلُ مِنْهُ ثَمَنًا لِلسَّيْفِ وَيَجْعَلَ الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ .فَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِكَ بِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا أَمْكَنَ حَمْلُهُ عَلَى الصِّحَّةِ كَانَ أَوْلَى مِنْ حَمْلِهِ عَلَى الْفَسَادِ. انظرً الحاوي الكبير للماوردي الشافعي، 5 / 221، وانظر الاستذكار لابن عبد البر، 6 / 368.

2 – يشار إلى مسألة مد عجوة في كتب الحنفية بمسألة السف المحلى، يصححون هذه المعاملة، بناءا منهم على قاعدة أو ضابط تصحيح المعاملة حفاظا على الأصل،حيث إن نهجهم في المعاملات هو تصحيح المعاملة قدر الاستطاعة إلى أن يثبت بطلانها بوجه من الوجوه، قال السرخسي رحمه الله: «ولا بأس بكر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير يدا بيد فتكون حنطة هذا بشعير هذا وشعير هذا بحنطة هذا عندنا استحسانا والقياس أن لا يجوز

فضة بفضة وسلعة، ويجعلون ما يقابل ما نقص من الفضة عن الفضة الأخرى مقابل السلعة، والإمام قد راعى هذا في مسألة الرد، وهم لا يشترطون تساوي الفضتين، فكذلك يلزم في هذا، فعلى هذا يجوز رد القيراط من غير وزن إذا لم يوجد له ميزان واضطر لذلك، لأنه إذا كان من تقدم من الشيوخ لا يمنع الرد بالقلسطون للضرورة وهو يتحقق فيه التفاضل لكون أحد الدرهمين أكثر وزنا من الآخر ومراعاة لمذهب أبي حنيفة، ولقول الإمام أجزناه لضرورة الناس ولأنهم لا يقصدون به صرفا فكذلك هذا... لأن مالكا رضي الله عنه خالف أصله لذلك، فإن منعنا من غير نص منه على المنع خالفنا اصله الذي اعتمده من مراعاة الخلاف للضرورة»[1].

وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وكذلك لو باع مد عجوة وزبيب بمدي عجوة وزبيب أو باع دينـارا ودرهما بدرهمين ودينـارين فأما إذا باع درهما جيدا ودرهما زيفا بدرهمين جيدين يجوز عند أصحابنا رحمهم الله وعند الشافعي لا يجوز وكذلك لو باع دينـارا نيسابوريا أو دينـارا هرويا بدينـارين نسابوريين أو هرويين وهذا بناء على الأصل الذي تقدم فإن عند الشافعي رحمه الله للجودة قيمة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها فإنما ينقسم الدرهمان الجيدان على الجيد والزيف باعتبار القيمة فيصيب الجيد أكثر من وزنه والزيف أقل من وزنة وذلك ربا وعندنا لا قيمة للجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها فالمقابلة باعتبار الأجزاء ويجوز العقد لوجود المساواة في الوزن عملا بقوله صلى الله عليه وسلم: «الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد». وبقوله صلى الله عليه وسلم: «جيدها ورديئها سواء».انظر: المبسوط في الفقه الحنفي لشمس الأئمة السرخسي، 12 / 336

1 - انظر فتاوى ابن سراج، ص: 183، والمعيار المعرب، 5 / 15 - 16 - 17. وانظر مثل هذه الفتوى من المعيار 5 / 277-278-279، للشيخ ابي محمد صالح بن حنون الهسكوري ، وفتوى ابن لب، 6 / 36 - 37، وفتوى ابي عبد الله محمد الجعدالة في الوزائع واقتسامها بالكيل وبالجزاف، 5 / 35.

قال الشيخ الحطاب: «هذه المسألة تعرف بمسألة الرد في الدرهم وصورتها أن يعطى الإنسان درهما ويأخذ بنصفه فلوسا أو طعاما أو غير ذلك وبالبعض الباقي فضة والأصل فيها المنع، كما

وجه اعتبار المآل في النازلة:

يصرح ابن سراج رحمه الله في هذه الفتوى أن مبناها على مناقضة مذهب مالك رحمه الله وأصوله من جهة عدم العمل بأصل المنع عنده في هذه النازلة وأمثالها،،إذ الأمر فيها قائم على الجهل بالتساوي، وقد قرر العلماء أن «الجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل» أو «الشك في التماثل كتحقق التفاضل»[1]، ومع وجود الاحتمال يمنع البيع سدا لذريعة الربا، وذلك على سبيل «إقامة المظنة مقام المئنة».

ورغم أن مآل الأمر حال الجواز عنده إلى الربا بمبادلة فضة بفضة وسلعة، فإن العمل بهذا المنع مؤداه إلى مآل أكبر من الممنوع وهو إيقاع المكلفين في حرج وهم في ضرورة حاكمة، عدم مراعاتها مؤداه إلى قول الشاطبي رحمه الله: «...وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة مثلها أو تزيد؛ فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية...»[2].

هذا المآل هو الذي أوجب أن يراعى مذهب أهل العراق في هذه الفتوى ويعمل به، فإذا انتفت الضرورة كان العمل بالأصل الأول

تقدم أنه لا يجوز أن يضاف لأحد النقدين في الصرف جنس آخر؛ لأنه يؤدي إلى الجهل بالتماثل، والجهل بالتماثل كتحقق التفاضل وهذه المسألة مستثناة من القاعدة المذكورة للضرورة، وكان مالك يقول بكراهة الرد في الدرهم، ثم خففه لضرورة الناس ولما رجع إليه أخذ ابن القاسم، وهو المشهور من المذهب ومنع من ذلك سحنون وفصل أشهب ما أجازه حيث لا فلوس ومنعه في بلد يوجد فيه الفلوس، وهذه طريقة أكثر الشيوخ. «انظر: مواهب الجليل في شرح خليل، 6 / 154، وانظر منح الجليل في شرح خليل للشيخ عليش، 4 / 505

1 – ينظر: منح الجليل لعليش، 4 / 493.

2 – الموافقات: 4 / 141.

ليُعلم أن مراعاة الخلاف هي من قبيل الاستثناء من القواعد العامة، والذي يلجأ إليه إذا خشي فوت المصلحة أو الوقوع في مفاسد أكبر، لذلك كانت مراعاة الخلاف هنا من باب الاستحسان، ومن باب ترجيح المجتهد دليل المخالف بعد وقوع الحادثة، وإعطائه الفعل ما يقتضيه أو بعض ما يقتضيه.

المسألة الثانية: البيع بثمن منجم مع شرط فاسد

ومن ذلك أن الإمام ابن سراج سئل عن رجل باع ملكا له من آخر بثمن منجم، وشرط عليه البائع في عقد الابتياع أن الثمن يبقى لأنجمه المذكورة، سواء عاش المشتري أو مات، ودفع له الأنجم وأحال في باقيها، ثم قيل له بعد ذلك إن الصفقة لا تجوز بسبب الشرط المذكور فبقي في نفسه من ذلك شيء إلى أن اجتمع مع المشتري، فقال له المشتري: إذ هي فاسدةفإنا نشهد بفسخها ونعقد بعد ذلك عقدة أخرى صحيحة، فطاوعه البائع على ذلك وأشهد بالتفاسخ، فلما انعقد الفسخ بينهما هرب منه ولم يقدر بعد على ضمه بتجديد العقد، وهو الآن يطلب البائع بما دفع إليه من الثمن والمحال الذي أحاله البائع على المشتري، يقول الآن للبائع: حين أحلتني في بقية الثمن خرجت أنت عن العقدة فبأي وجه حللتها وفسختها، ولم يبق لك فيها طلب؟ والبائع المذكور لم يفسخ العقدة إلا ظانا أنها مفسوخة، فلكم الفضل في بيان الحكم في النازلة بيانا شافيا، أبقاكم الله عماد الدين.

فأجاب:

تصفحت السؤال المكتوب أعلاه، و الجواب: أن العقدة أولا الظاهر فيها أن البيع صحيح والشرط فاسد، ولا يقال بفساد البيع لأن بعض العلماء خارج المذهب يرى أن الدين لا يحل بموت من هو عليه، وابن القصار يرى أنه إن التزم الورثة أداء الدين عند أجله، وكانوا أملياء أن يحكم على صاحب الدين بذلك، وإنما رأى مالك رضي الله عنه أن يحل الدين بموت من هو عليهلأن الميت تخرب ذمته بموته فيؤدي إلى خسارة صاحب الدين، فلذلك حكم بحلوله لا أنه يثبت فيه سنة تمتنع مخالفتها، فإذا كان الأمر هكذا فيكون البيع صحيحا، والشرط فاسدا،... والسلام على من يقف عليه من محمد بن سراج[1]».

وجه اعتبار المآل في النازلة:

إن فتوى ابن سراج رحمه الله بتصحيح العقد رغم الشرط الفاسد اعتمدت مراعاة الخلاف، ذلك أن مذهب المالكية[2] ومذهب الحنفية[3] ومذهب الشافعية[4] وبعض الحنابلة[5] هو أن الدين المؤجل يحل بموت المدين، إلا أن الصحيح من مذهب الحنابلة[6]

1 – ينظر: فتاوى ابن سراج، ص: 167 – 168، وانظر المعيار المعرب، 5 / 239 – 240.
2 – ينظر: بداية المجتهد، 2 / 215 ، و مواهب الجليل لشرح مختصر خليل 5 / 39، 40.
3 – ينظر: : بدائع الصنائع 5 / 13.
4 – ينظر:: الحاوي للماوردي 6 / 456، مغني المحتاج 2 / 147.
5 – ينظر: : المغني 6 / 566 والإنصاف 5 / 307، شرح منتهى الإرادات 3 / 468.
6 – ينظر: : المغني 6 / 566،و الإنصاف 5 / 307، الروض المربع شرح زاد المستقنع ص 388.

أن موت المدين لا يوجب حلول ديونه الآجلة ما دام الورثة قاموا مقام الكفيل المليء، وهذا هو المعتبر عند ابن سراج رحمه الله[1].

ووجه مراعاة المآل في النازلة أن مذهب مالك رحمه الله هو إيجاب الدين بموت المدين حفظا لمصلحة الدائن وصيانة لحقوقه، فلو لم يوجب هذا لضاع حقه بخراب ذمة الميت، لكن هذا المآل منفي بوجود الورثة الأملياء.

يبقى النظر الآن في ما يؤول إليه حال الورثةإذا ألزموا أداء الدين المؤجل فهذا إسقاط لحق ثبت لهم شرعا بقول النبي ﷺ:«من ترك حقا أو مالا فلورثته»[2]، وهذا الحق انتقل إليهم بقيام صفة الوارث فيهم، فلزم كما انتقل إليهم مال موروثهم أن ينتقل معه إليهم سائر حقوقه، ثم قد يكون في القول بحلول الديون المؤجلة بمجرد وفاة المدين ضرر عظيم بالورثة خاصة في الآجال الطويلة والمبالغ الكبيرة، من هنا كان تصحيح العقد رغم فساد الشرط، وقد عُلِم من مذهب المالكية أن فساد الشرط غير المتعلق بمقتضى العقد أو غير المخل بالثمن لا يبطل العقد فهكذا هو هنا ما دام التحوط من هذا الشرط ممكنا وبهذه المراعاة يتحقق العمل بقاعدة: الدفع أسهل من الرفع، أو قاعدة: يغتفر في الانتهاء ما لا يغتفر في الابتداء.

1-ينظر كذلك: جامع البرزلي، 5 / 100.
2 - أخرجه البخاري في كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: الصلاة على من ترك دينا، الحديث رقم:2268، ومسلم في كتاب الفرائض، باب: من ترك مالا فلورثته، الحديث رقم:4242.

من كل ما سبق، يتبين أن الاستحسان بجميع صوره التي وردت في اليحث مع محاولة استجلائها من خلال أمثلة تطبيقة، هو قاعدة ترجيحية يلجأ إليها المجتهد لرفع ضرر واقع أو متوقع، ويبقى الاستحسان المسلك الاجتهادي الذي يضمن سلامة تنزيل الأحكام والحفاظ على نحقق مقاصد الشريعة من تشريع الأحكام، ضمن مراعاة كلية لمصالح المكلفين.

الخاتمة

بعد هذه الجولة في كتب الفتاوى المالكية نتبين ما يلي:

1- اعتبار المآل يعني الاعتداد بآثار الأفعال الصادرة من المكلفين، وبنتائج تنزيل المجتهد للأحكام على الواقع.

2- اعتبار المآل أصل مقصدي يستمد مشروعيته من الكتاب والسنة وعمل الصحابة، وله أثره الخطير في العملية الاجتهادية، ما دام هو معيار الحكم على مدى تحقق المقاصد الشرعية.

3- نظرية اعتبار المآل وإن كانت نظرية مقصدية ممتدة ضمن النظرية العامة للمقاصد، وكل المذاهب الفقهية عملت بها، إلا أنه يمكن القول أنها نظرية مالكية، لما لعلماء المالكية من أثر في صياغتها من خلال جهودهم الأصولية.

4- يهدف اعتبار المآل إلى تحقيق مقاصد الشرع، ومقاصد الشرع قد تكون معللة أحيانا، وأحيانا لا تكون خاصة فيما يتعلق بالعبادات، لكنها في أبواب المعاملات تكون أظهر وابين، بالنظر إلى طبيعة المعاملات المالية من كونها معقولة المعنى.

5- يتكون النظر في المآل من ثلاثة عناصر: أولها الفعل، أي ما يتعلق بالمكلف، وثانيها: الواقع وهو الأحوال المحيطة بالمكلف والمؤثرة في تصرفه، وفي تنزيل أحكام الشرع عليه، وثالثها: النتيجة التي على أساسها يراعى المآل.

6- لاعتبار المآل علاقة بتحقيق المناط الذي هو لب العملية الاجتهادية، فلتحقيق المناط سلطان على عمل المجتهدين، وتظهر العلاقة بين المآل وتحقيق المناط من خلال العلاقة بين تحقيق المناط والقواعد الأصولية المكونة لمبدأ اعتبار المآل، والمتمثلة في الذرائع والاستحسان والحيل.

7- عملت المذاهب الفقهية الأربعة خصوصا بمبدأ اعتبار المآل، لكن بدرجات متفاوتة حسب موقف كل مذهب من بعض القواعد المندرجة تحته كالاستحسان مثلا، ومن خلال الاختلاف حول بعض آليات النظر في أفعال المكلفين. لكن يبقى المالكية والحنابلة أكثر المذاهب الفقهية عملا به واعتبار للمقاصد، ولا يعني هذا نفي الأمر عن المذهب الحنفي والشافعي، فالحديث عن درجة العمل بمبدأ المآلات لا عن العمل به في حد ذاته.

8- اعتبار المآل قاسم مشترك بين عدد من النظريات الفقهية التي يطبقها المجتهد، وأهمها: نظرية الباعث، ونظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الاحتياط الفقهي

9- مثلت كتب النوازل المالكية مجالا خصبا لدراسة اعتبار المآل بشكل عملي، وقد أثبت البحث أن كتب النوازل المالكية تجسد عظمة المقاصد الشرعية، ومدى التزام المذهب المالكي بها من خلال خصوصياته الأصولية بها.

10- مثل العمل بسد الذرائع في فتاوى المالكية أصلا مقصديا

عظيما، خاصة من خلال تنوع مظاهر العمل به في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي.

11- مقدمة الواجب أو ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، لا يتعلق فقط بفتح الذرائع، إنما يرتبط كذلك بسدها، وعلى هذا فليست هذه القاعدة أولى بالتطبيق في الفتح منها في السد.

12- منهج المفتين من مالكية في العمل بالذرائع العمل بمبدأ الاحتياط، إما جلبا للمصلحة وإما درءا للمفسدة، وهذا الاحتياط هو تطبيق لمبدأ مآلات الأفعال ومراعاة نتائج التصرفات.

13- سد الذريعة في المذهب المالكي عموما قاعدة فاعلة، وفي عمل المفتين من المالكية نلمس توسعا في العمل بها، خاصة أني نظرت في الزمن الذي عاش فيه بعض المفتين فلمست فيه فسادا وقلة أمانة ودين، ظهر من خلال تعليقات المفتين أنفسهم، وبالرجوع إلى تاريخ الغرب الإسلامي في فترات معينة نجد ما يفيد أسباب التوسع في العمل بالذرائع خاصة في المعاملات المالية.

14- مثل مبدأ الحيل صورة مجسدة لمعقولية المعنى في المعاملات المالية خاصة لانبناء العمل بالحيل على المعاملة بنقيض القصد.

15- الاستحسان، قاعدة ترجيحية بين المصالح نفسها، والمفاسد نفسها وبين المصالح والمفاسد، ومن ثم فهو قاعدة يلجأ إليها المفتي لتجنب غلو القياس، وليس له صورة واحدة، بل تتعدد صوره وتشترك في أمر واحد هو أن الشرع ما كان ليكون عنتا وضيقا، بل سعة ورحمة

ولا أدل على ذلك مراعاة الخلاف رعيا لمصلحة المكلفين، أو من اعتبار العرف ومقاصد المكلفين في تعاملاتهم المالية تيسيرا عليهم.

16- يبقى الاختلاف بين المالكية حول الاستحسان مجرد خلاف حول صورته الأصولية، أما عمله المقصدي فلا خلاف بينهم في ذلك.

17- عمل المفتي من المالكية بالاستحسان يجسد الخصوصية المصلحية والمقصدية التي تميز بها المذهب المالكي، مما يعني أن المالكية حازوا قصب السبق في مسايرة واقع الناس، وخاصة ما يتعلق بجانب المعاملات المالية التي تظهر فيها هذه الخصوصية بدرجة كبيرة، ولذلك لم يكن قول من قال بجودة أصول مالك في البيوعات إلقاء للكلام على عواهنه بل هو قول متبصر عليم.

18- إن كان البعض يعد العرف أصلا من أصول المذهب المالكي، فهذا صحيح إلى حد بعيد في بعده الأصولي، أما في البعد المقصدي يبقى العرف مسلكا من مسالك الكشف عن مآلات الأحكام، يعين المفتي على التبصر بعواقب فتواه، بالنظر إلى الزمان والمكان وأحوال المكلفين، ولهذا تبقى خصوصية فقه المآلات أنه يجمع ما تفرق من أصول في صعيد واحد، يتمثل في الحفاظ على مقصود الشرع وتجنب التطبيق التجريدي للأحكام.

19- مفتو المالكية لا يراعون صورة الخلاف بقدر ما يراعون دليل المخالف تجنيبا للمكلف نتائج فعله، أو الدفع به إلى مصلحة متيقنة قد تضيع بالتزام دليل المذهب، فيحتاط له بذلك.

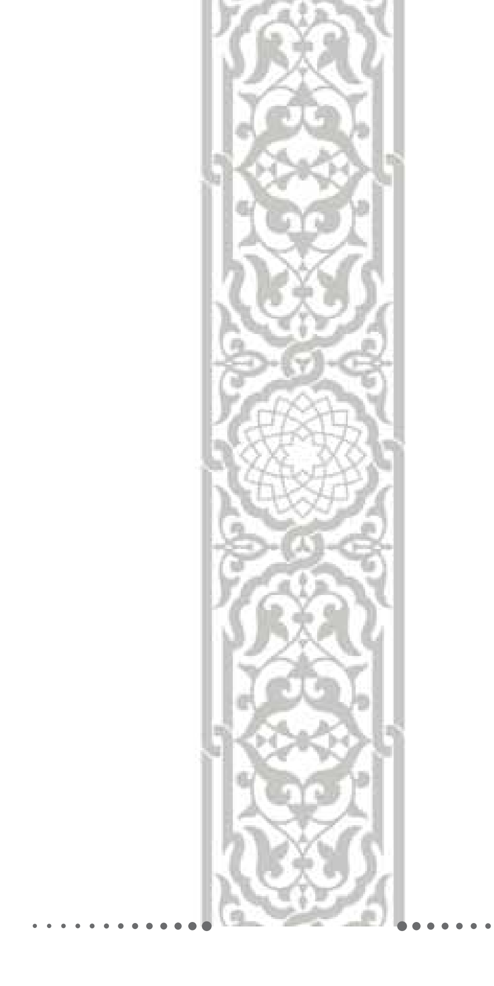
20- يعسر في حالات كثيرة أن يفهم الباحث أو القارئ أن المفتي راعى الخلاف في نازلة ما لم يصرح المفتي بذلك أو يشر إليه، ومع ذلك حين يظهر تطبيقه في الفتوى تتضح خصوصية المذهب في أبعد صوره.

21- اعتبار المآلات أخطر وأعظم ما يعترض عمل المفتي، فلا يحسنه إلا من كان ريان من الشريعة كما قال الشاطبي، ويكفي أن يكون الشاطبي أصل له في موافقاته، ويخصص له حيزا كبيرا منه، ورغم دقة موضوعه، يبقى فهمه يسيرا على من يسره الله عليه.

أما عن آفاق البحث، فإن الباحث يأمل أن يكون جهده مجالا للنقد والتمحيص، وأن يقوم من يأتي بعده من الباحثين بتتبع حيثيات إعمال المفتي لقاعدة من القواعد المندرجة تحت أصل اعتبار المآل، ومحاولة دراسة هذه النوازل دراسة أصولية مقصدية أولا، مشفوعة بدراسة تاريخية للنوازل المعروضة، واستقراء ما فيها من مراعاة للمآل واعتبار للواقع، واستخلاص تصور محدد للإطار الذي يمكن أن يقع التجديد فيه ومن خلاله، وخاصة ما يتعلق بقضية تحقيق المناط.

وإذ أختم هذا البحث، فإني لا أدعي بلوغ الكمال فيه، فإن نال هذا الجهد الرضى والقبول فالحمد لله وذلك ما كنا نبغ، وإن كانت الأخرى فحسبي أني حاولت غاية فأعذر.

والحمد لله في بدئه وختمه



المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

• اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، تأليف: الدكتور عبد الرحمن بن معمر السنوسي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، سنة 1424هـ/ 2004م.اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، تأليف: الدكتور وليد بن علي الحسين، تأليف: الدكتور وليد بن علي الحسين، دار التدمرية، الطبعة الأولى، 1429هـ/ 2008م.

• الاجتهاد المقاصدي: حجيته - مجالاته - ضوابطه، كتاب الأمة، العدد 65، سنة: 1419هـ.

• الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه في الفقه الإسلامي، تأليف: عبد الرحمن زايدي، دار الحديث الطبعة: الأولى 2005

• الاختيار لتعليل المختار، تأليف: عبد الله بن مودود الموصلي، تأليف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، ضبط الشيخ محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية.

• الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق، سالم محمد عطا۔ محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، 2000م.

• الاعتصام، تأليف ابي اسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي، تحقيق: هاني الحاج، المكتبة التوفيقية . وبتحقيق الشيخ أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة التوحيد.

• الأشباه والنظائر في فقه الشافعية، تأليف: عبد الرحمن بن أبي

بكر السيوطي، الناشر دار الكتب العلمية، سنة النشر 1403، مكان النشر بيروت،

• الأشباه والنظائر، تأليف: تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1411 هـ - 1991م

• الأشباه والنظائر عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، تأليف: الشَّيْخ زَيْن الْعَابِدِيْنَ بْنِ إِبْرَاهِيْم بْنِ نُجَيْمٍ، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة :1400هـ=1980م.

• الأعلام لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين الطبعة: الخامسة عشر - أيار / مايو 2002 م.

• الإبهاج شرح المنهاج، في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، تأليف: علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1404.

• الإحاطة في أخبار غرناطة، تأليف: لسان الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله ابن الخطيب، تحقيق: محمد عبد الله عدنان، الطبعة الثانية، 1973 ، مكتبة الخانجي ـ القاهرة

• الإحكام في اصول الأحكام، تأليف: أبي محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، دار الحديث - القاهرة، الطبعة الأولى، 1404.

• الإحكام في أصول الأحكام، تأليف: أبي الحسن علي بن محمد

الآمدي، تحقيق: د. سيد الجميلي دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى، 1404.

• الإشارات في أصول الفقه المالكي، تأليف: أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: الدكتور نور الدين مختار الخادمي، دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ، 1421هـ ـ 2000م.

• الإشراف على مسائل الخلاف، تأليف: القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي، مقارنة وتخريج: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، الطبعة الأولى ـ 1420 هـ ـ 1999.

• الإمام مالك، تأليف: محمد ابو زهرة، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة.

• الإنصاف في معرفة الراجح من مسائل الخلاف على مذهب أحمد، تأليف: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي (المتوفى: 885هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي بيروت ـ لبنان الطبعة الأولى 1419هـ.

• البحر المحيط في أصول الفقه، تأليف: بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق ضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، 1421هـ - 2000م.

• البداية والنهاية، تأليف أبي الفداء اسماعيل بن كثير، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز

البحوث والدراسات العربية والإسلامية، بدار هجر، الطبعة الأولى، 1417هـ/ 1997م.

• البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن التاسع، تأليف: محمد بن علي الشوكاني، دار المعرفة، بيروت.

• البهجة شرح التحفة، دار النشر: دار الكتب العلمية – لبنان / بيروت – 1418 هـ – 1998م الطبعة: الأولى.

• تحقيق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين.

• البيان والتحصيل، حققه: د محمد حجي وآخرون، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة الثانية 1408 هـ – 1988م.

• التاج والإكليل في شرح مختصر خليل، تأليف: أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، الناشر دار الفكر، سنة النشر 1398، مكان النشر بيروت.

• التأصيل العلمي لمفهوم فقه الواقع، تأليف: الدكتور: سعيد بيهي، الدار العالمية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1426هـ/ 2005م.

• التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تأليف: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، تحقيق د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد، 1421هـ – 2000م، السعودية / الرياض.

• التعسف في استعمال الحق، تأليف: الدكتور محمد شوقي السيد، الهيئة العامة للكتاب، 1979

• التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، تأليف: الدكتور محمد رياض، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش، الطبعة الأولى، 1992.

• التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان في التصرفات المشروعة وأثره الفقهي، تأليف عبد القادر بن حرز الله، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى 1426 هـ/ 2005 م.

• التقرير والتحبير في علم الأصول، تأليف: ابن أمير الحاج، دار الفكر، سنة النشر 1417هـ - 1996م.

• التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تأليف: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، لطبعة الأولى 1416 هـ - 1996 مـ

• التنظير الفقهي، جمال الدين عطية، دار الشروق، 1978.

• الجامع لأحكام القرءان، تأليف: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي، المحقق: هشام سمير البخاري، الناشر: دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة: 1423 هـ/ 2003 م

• الحاوي الكبير، تأليف: أبي الحسن الماوردى، دار النشر / دار الفكر - بيروت.

• الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، تأليف: الدكتور فتحي

الدريني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1404هـ/ 1984.
• الحلال والحرام، لراشد بن أبي راشد الوليد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب 1410 هـ/ 1990
• الحيل في الشريعة الإسلامية، تأليف: محمد عبد الوهاب البحيري، مطبعة السعادة، القاهرة، الطبعة الأولى.
• الخطاب الشرعي وطر استثماره، ادريس حمادي، المركز الثقافي العربي، 2007.
• الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، تأليف: الحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد العسقلاني
• تحقيق محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية، 1392هـ/ 1972م حيدر آباد/ الهند.
• الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تأليف ابن فرحون المالكي، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدي ابو النور، مكتبة دار التراث، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005 م.
• الذخيرة في الفقه المالكي، تأليف: أبي العباس أحمد بن ادريس القرافي، تحقيق محمد حجي، الناشر دار الغرب، 1994م
• الذيل على طبقات الحنابلة، تأليف: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، حققه وقد له وعلق عليه: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، 1425 هـ - 2005م.
• الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية، تأليف: عمر

عبد الله كامل، دار الكتبي، الطبعة الثانية، 2000م

• الروض المربع شرح زاد المستقنع، تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: سعيد محمد اللحام، دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - لبنان

• الزاهر في معاني كلمات الناس، تأليف: أبي بكر محمد بن القاسم الأنباري، تحقيق: د. حاتم صالح الضامن مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة: الأولى، 1412 هـ 1992-.

• السنن الصغرى تأليف: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، شرح وتخريج ضياء الدين الأعظمي، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 2001.

• السنن الكبرى، تأليف البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1424 هـ.

• الشافعي، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، تأليف: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، 1978.

• الشرح الكبير، تأليف: أبي البركات أحمد بن محمد العدوي، الشهير بالدردير، احياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي وشركاؤه.

• الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، تأليف: اسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار

• دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة: الرابعة 1407هـ - 1987م

• الصلة في تراجم علماء الأندلس، تأليف: أبي القاسم خلف بن

عبد الملك بن بشكوال، تحقيق: إبراهيم الأبياري

• الناشر: دار الكتاب المصري – دار الكتاب اللبناني، الطبعة: الأولى، 1410 هـ/ 1989 م

• الضروري في اصول الفقه مختصر المستصفى تأليف: أبي الوليد محمد بن رشد الحفيد، تحقيق: جمال الدين العلوي، سلسلة المتن الرشدي، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، مركز الدراسات الرشدية ـ فاس، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994 م.

• الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، تأليف: شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي، دار الجيل ـ بيروت ـ الطبعة الأولى ـ 1412 هـ ـ 1992 .

• الطرق الحكمية، تأليف: أبي عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي الشهير بابن قيم الجوزية، تحقيق: د. محمد جميل غازي مطبعة المدني – القاهرة.

• العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، تأليف: سلمون بن عبد الله بن سلمون الكناني الغرناطي، بهامش تبصرة ابن فرحون، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، مصورة عن طبعة المطبعة العامرة الشرقية، مصر 1301 هـ.

• العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، تأليف: منيب بن محمود شاكر، دار النفائس ـ الرياض، الطبعة الأولى، 1998 ـ 1418 هـ.

• الغنية فهرست شيوخ عياض، تحقيق: ماهر زهير جرار، دار

الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1402 هـ/ 1982.

• الفتاوى الكبرى، تأليف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، المحقق: محمد عبد القادر عطا - مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الطبعة الأولى 1408هـ - 1987م.

• الفروق، أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)، تأليف: أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، تحقيق خليل المنصور، الناشر دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1998م، بيروت.

• الفصول في الأصول، تأليف: أحمد بن علي الرازي الجصاص تحقيق: عجيل جاسم النشمي، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية دولة الكويت، الطبعة: الأولى، الجزء الأول والثاني: 1405هـ1985م، الجزء الثالث: الطبعة الأولى عام 1408هـ - 1988م، الجزء الرابع: الطبعة الثانية عام 1414هـ=1994م

• الفقه الإسلامي وأدلته، تأليف: الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر - سوريَّة - دمشق، الطبعة الرابعة.

• الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي تأليف: محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي، مكتبة دار التراث ـ القاهرة ـ خرج أحاديثه وعلق عليه: الشيخ عبد العزيز بن عبد الفتاح القاري، طبع على نفقة المكتبة العلمية ـ المدينة المنورة.

• الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لأبي الحسنات محمد بن عبد الحي اللكنوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بدون تاريخ.

• الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، المحقق: رضا فرحات الناشر مكتبة الثقافة الدينية

• القاموس المحيط، تأليف محمد بن يعقوب الفيروز أباذي، الهيئة المصرية للكتاب، مصورة عن الطبعة الأميرية، سنة: 1301هـ.

• القبس في شرح موطا مالك بن أنس، تأليف: أبي بكر بن العربي، المعافري، دراسة وتحقيق: الدكتور محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1992.

• القواعد النورانية، تأليف: ابي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق: الدكتور محمد بن أحمد الخليل، دار ابن الجوزي.

• القواعد، تأليف: أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري، تحقيق ودراسة: أحمد بن عبد الله المقري، جامعة أم القرى، مركز إحياء التراث الإسلامي، سنة النشر: بدون.

• القوانين الفقهية، تأليف: محمد بن جزي الغرناطي، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، دار الرشاد الحديثة، الطبعة الأولى، 1999م.

• الكافي في فقه أهل المدينة، تأليف يوسف بن عبد البر النمري، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية: 1992 م.

• الكليات، تأليف: أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي،

تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري مؤسسة الرسالة - بيروت - 1419هـ - 1998م.

• المبدع شرح المقنع، تأليف: أبي اسحاق ابراهيم بن مفلح، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة: 1423هـ/ 2003م

• المبسوط في الفقه الحنفي، تأليف: شمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ 2000م

• المجموع شرح المهذب للشيرازي، تأليف: أبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.

• المحاضرات المغربيات، تأليف: محمد الفاضل بن عاشور، دار الغرب الإسلامي.

• المحصول في أصول الفقه، تأليف: القاضي أبي بكر بن العربي المعافري المالكي. الناشر: دار البيارق - الأردن

• تحقيق: حسين علي اليدري الطبعة الأولى، 1420هـ1999-م

• المحكم والمحيط الأعظم، تأليف أبي الحسن بن سيده، تحقيق عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، 2000م.

• المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: أبي الحسن علي بن محمد بن علي البعلي تحقيق: د. محمد مظهربقا، جامعة الملك عبد العزيز، - مكة المكرمة.

• المخصص، تأليف: أبي الحسن علي بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي المعروف بابن سيده، تحقيق: خليل إبراهيم جفال دار إحياء التراث العربي – بيروت الطبعة: الأولى- 1417هـ 1996م

• المدخل الفقهي العام، تأليف: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى: 1998

• المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس، تحقيق: زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان

• المسائل الملقوطة في الكتب المبسوطة، تأليف ابن فرحون، تحقيق: جلال علي القذافي الجهاني، دار ابن حزم، الطبعة1: 2007.

• المسالك في شرح موطأ مالك، تأليف: أبي بكر بن العربي، قرأه وعلق عليه: محمد بن الحسين السليماني، وعائشة بنت الحسين السليماني، قدم له الدكتور يوسف القرضاوي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1428 هـ/ 2007

• المستصفى في علم الأصول، تأليف: أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى، 1413

• المسودة في اصول الفقه، تأليف: آل تيمية، الناشر: المدني – القاهرة، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.

• المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تأليف: أحمد

بن محمد بن علي المقري الفيومي، المكتبة العلمية – بيروت

• المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي، تأليف: الدكتور فريد الأنصاري، سلسلة الرسائل الجامعية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ودار النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1424هـ/ 2004م.

• المعجم الفلسفي، تأليف: جميل صليبا، دار الكتاب اللبناني، 1982.

• المعجم الفلسفي، تأليف: مراد وهبه، دار الثقافة الجديدة، الطبعة الثالثة، 1979م.

• المعجم الفلسفي، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، 1403 هـ/ 1983 م.

• المعجم الوسيط، تأليف: إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار، دار النشر: دار الدعوة تحقيق / مجمع اللغة العربية

• المعيار المعرب الجامع المعرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب، تأليف: أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، تخريج محمد حجي وجماعة من الفقهاء، نشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1401هـ- 1981.

• المغرب في ترتيب المعرب، تأليف: أبي الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرزي، تحقيق: محمود فاخوري وعبدالحميد مختار مكتبة أسامة بن زيد – حلب، الطبعة الأولى ، 1979.

• المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الفكر - بيروت الطبعة الأولى، 1405 هـ.

• المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، تأليف: أبي العباس أحمد بن عمر القرطبي، حققه وعلق عليه وقدم له، محيي الدين ديب مستو، وأحمد محمد السيد، ويوسف علي بديوي، ومحمود ابراهيم بزال، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، الطبعة الأولى، 1417هـ.

• المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تأليف: أبي الوليد محمد بن رشد الجد، تحقيق : الأستاذ سعيد أعراب ، دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، 1408 ـ 1988 .

• المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، في ذكر أصحاب الإمام أحمد، تأليف: لبرهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح، تحقيق د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، 1410هـ- 1990م

• المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، الشركة المتحدة للتوزيع.

• المنتقى شرح الموطأ، تأليف: ابي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1420 هـ/ 1999م.

• المنثور في القواعد الفقهية، تأليف: أبي عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، الناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، الطبعة الثانية، 1405، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود.

• المنخول في الأصول، تأليف: أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، حققه وخرج نصه وعلق عليه الدكتور محمد حسن هيتو الطبعة الثالثة 1419هـ = 1998 م دار الفكر المعاصر بيرت لبنان دار الفكر دمشق – سورية

• المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، تأليف: أبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة الطبعة الثانية، 1392.

• المهذب في فقه الإمام الشافعي، تأليف: أبي اسحاق الشيرازي، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الزحيلي، الطبعة الأولى، 1412هـ / 1992هـ.

• الموافقات في أصول الشريعة تأليف: أبي اسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي، شرحه وخرج أحاديث: عبد الله دراز دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1411 هـ/ 1991 م.

• الموافقات، تأليف: إبراهيم بن موسى الشاطبي، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م.

• الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

الكويتية، الطبعة الأولى، 1420هـ/ 2000م.

• الموطأ، تأليف مالك بن أنس الأصبحي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – مصر.

• النبوغ المغربي في الأدب العربي، تأليف عبد الله كنون الحسني، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1961

• النظريات العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، تأليف: الدكتور صبحي المحمصاني.

• النظريات الفقهية، تأليف: الدكتور فتحي الدريني، جامعة دمشق، الطبعة الرابعة.

• النهاية في غريب الحديث والاثر، تأليف: أبي السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزري، الناشر: المكتبة العلمية – بيروت، 1399هـ – 1979م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى – محمود محمد الطناحي.

• النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تأليف: أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، تحقيق: الأستاذ: محمد الأمين بوخبزة، والدكتور محمد حجي ومجموعة من المحققين، دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى ـ 1999 م.

• النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، المسماة ب: المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى

المتأخرين من علماء المغرب، تأليف: الشريف أبي عيسى المهدي الوزاني، قابله وصححه: الدكتور عمر بن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ـ المغرب

• الهداية شرح بداية المبتدي في الفقه الحنفي، تأليف: أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني، المكتبة الإسلامية.

• الوسائل وأحكامها في الشريعة الإسلامية، عبد الله التهامي، مجلة البيان، العدد: 105 ـ 106، 1417

• أبحاث في مقاصد الشريعة، تأليف: الدكتور نور الدين مختار الخادمي، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولى، 1429 هـ ـ 2008م.

• إثارات تجديدية في أصول الفقه، تأليف: العلامة عبد الله بن بيه، دار وجوه للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2013.

• أحكام القرءان، تأليف: أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي، الناشر: دار الكتب العلمية.

• أساس البلاغة، تأليف: أبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1419هـ/ 1998م.

• أساس القياس، تأليف: أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: فهد بن محمد السرحان، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993.

• أسنى المطالب بشرح روضة الطالب، تأليف: شيخ الإسلام زكريا الأنصاري، تحقيق: د. محمد محمد تامردار النشر: دار الكتب العلمية – بيروت – 1422 هـ – 2000، الطبعة: الأولى.

• أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، تأليف: محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي، إشراف الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد، دار عالم الفوائد، الطبعة الأولى، 1426هـ.

• إجابة السائل شرح بغية الآمل، تأليف: محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، تحقيق: القاضي حسين بن أحمد السياغي والدكتور حسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة الأولى، 1986.

• إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تأليف: تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد، تحقيق: مصطفى شيخ مصطفى ومدثر سندس، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1426 هـ – 2005 م.

• إحكام الفصول في أحكام الأصول، تأليف: أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1407هـ/ 1986 م.

• إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تأليف: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية. دمشق – كفر بطنا، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور

ولي الدين صالح فرفور، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى 1419هـ

• إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت

• الطبعة: الثانية - 1405 - 1985

• إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: أبي عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، الناشر: دار الجيل - بيروت، 1973، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد.

• إنباء الغمر بأبناء العمر، تأليف: شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: د. محمد عبد المعيد خان دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان، الطبعة الثانية - 1406 هـ - 1986م

• إيضاح المسالك إلى قواعد مذهب مالك، تأليف: أحمد بن يحيى الونشريسي، دراسة وتحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1427 هـ - 2006.

• بحوث فقهية، تأليف عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، 1986م.

• بحوث مقارنة في اصول الفقه، تأليف: الدكتور محمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1414هـ/ 1994 م.

• بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982

• بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: أبي الوليد محمد بن

محمد بن رشد الحفيد، تحقيق: أبي الزهراء حازم القاضي، دار المعرفة، 1415 هـ ـ 1995 م.

• بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، تأليف: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أباذي، 1964.

• بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، تأليف: أبيؤ بكر جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية، صيدا

• بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير، تأليف: أحمد الصاوي، تحقيق وضبط وتصحيح: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ – 1995م.

• بيان الدليل على بطلان التحليل، تأليف: تأليف: أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيميه، تحقيق: مدى عبد المكتب الاسلامى، الطبعة: 1، 1998.

• تاج العروس من جواهر القاموس، تأليف: أبي الفيض محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، الملقّب بمرتضى الزَّبيدي، تحقيق مجموعة من المحققين، الناشر دار الهداية ، عدد الأجزاء / 40

• تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، تأليف: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: د. عمر عبد السلام تدمري. دار الكتاب العربي. لبنان/ بيروت، 1407هـ – 1987م، الطبعة: الأولى،

• تاريخ علماء الأندلس، تأليف: أبي الوليد عبد الله بن بن محمد الأزدي المعروف بابن الفرضي، الدار المصرية للتأليف والترجمة، 1966 م.

• تاريخ قضاة قرطبة، أو المرقبة العليا في من يستحق القضاء والفتيا، لأبي الحسن علي بن عبد الله النباهي، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الخامسة، 1403 هـ ـ 1983 .

• تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تأليف: أبي الوفاء ابراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، خرج أحاديثه وعلق عليه: الشيخ جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان.

• تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، دار الكتب الإسلامي. القاهرة، 1313هـ.

• تحرير القواعد المنطقية شرح الرسالة الشمسية، تأليف: قطب الدين محمود بن محمد الرازي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر.

• تحرير القول في مسمى الاستحسان، الدكتور: نعمان جغيم، مجلة الشريعة والقانون، العدد: 33، ذو الحجة، 1428 هـ/ يناير 2008

• تحقيق القولين، تأليف: أبي حامد الغزالي، ص: 312، تحقيق:

د. مسلم الدوسري، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 3، جمادى الأولى، 2008-1429.

• تحفة الحكام فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب مالك، تأليف القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي، مع شرح العلامة الشيخ محمد بن يوسف عبد الكافي، شرح وتعليق: مأمون بن محيي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت ـ

• تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، تأليف: العلامة الشريف أبي عيسى المهدي الوزاني، تقديم وإعداد: الأستاذ هاشم العلوي القاسمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب، 1422 هـ/ 2001 م.

• تذكرة الحفاظ، تأليف: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى، دراسة وتحقيق: زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، الطبعة الأولى 1419هـ- 1998م.

• ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تأليف: أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي السبتي، ضبط وتصحيح: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى: 1418 هـ ـ 1998.

• تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتحب للمنجور، تأليف: الأستاذ الدكتور الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار البحوث للدراسات

الإسلامية وإحياء التراث ـ دبي، الطبعة الأولى، 1423 هـ.

• تفسير التحرير والتنوير، تأليف: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر – تونس، سنة 1984.

• تفسير الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، تأليف: أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

• تفسير المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تأليف: أبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، 1413هـ 1993.

• تفسير روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، تأليف: شهاب الدين محمود ابن عبد الله الحسيني الآلوسي، تحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية ـ بيروت، 1415 هـ.

• تقريب الوصول إلى علم الأصول، تأليف: أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، دراسة وتحقيق: محمد علي فركوس، دار التراث الإسلامي، الجزائر، الطبعة الأولى، 1410 هـ/ 1990م.

• تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة، تأليف: أبي شجاع محمد بن علي بن شعيب بن الدهان، تحقيق د. صالح بن ناصر بن صالح الخزيم، مكتبة الرشد، 1422هـ – 2001م.

• تنبيه المراجع على تأصيل فقه الواقع، تأليف: الشيخ العلامة عبد الله بن بيه، مركز الموطأ للدراسات والتعليم، أبوظبي، الطبعة

الثالثة، 2017.

• تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تأليف: أبي الحجاج جمال الدين يوسف بن عبد الرحمن المزي، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة الأولى، 1400 – 1980، تحقيق: د. بشار عواد معروف.

• توشيح الديباج وحلية الابتهاج، تأليف: بدر الدين أبي عبد الله محمد بن يحيى القرافي، تحقيق: محمد الشتيوي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ـ 1403 هـ ـ 1983.

• تيسير التحرير في أصول الفقه، تأليف: محمد أمين ـ المعروف بأمير بادشاه، دار الفكر.

• جامع البيان في تأويل آي القرآن، تأليف: أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1420 هـ – 2000 م.

• جامع العلوم والحكم، تأليف: أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، دار المعرفة – بيروت، الطبعة الأولى، 1408ه

• جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، تأليف: ابي القاسم بن أحمد البلوي البرزلي، تقديم وتحقيق: الدكتور محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2002.

• حاشية ابن رحال على شرح ميارة، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة

• حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه

أبي حنيفة، تأليف: ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر.

• 1421هـ – 2000م.

• حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: محمد عرفه الدسوقي، مع تعليقات: محمد عليش، دار الفكر، بيروت.

• حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي على لامية الزقاق.

• حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبي حنيفة، لابن عابدين. الناشر دار الفكر للطباعة والنشر، سنة النشر 1421هـ – 2000م. بيروت.

• حلي المعاصم في حل بنات ابن عاصم، مطبوع مع البهجة شرح التحفة للتسولي، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - 1418 هـ – 1998م، الطبعة: الأولى، تحقيق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين.

• حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تأليف: سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، تحقيق د. ياسين أحمد إبراهيم درادكة، مؤسسة الرسالة / دار الأرقم، سنة النشر 1980م.

• درء المفسدة في الشريعة الإسلامية، تأليف: محمد الحسن مصطفى البغا، العلوم الإنسانية، دمشق.

• دراسات في أصول الفقه، تأليف الدكتور: خليفة با بكر الحسن، مكتبة الزهراء، مصر، الطبعة الأولى، 1422هـ

• درة الحجال في أسماء الرجال تأليف: أحمد بن القاضي

المكناسي، تحقيق: محمد الأحمدي أبو النور
• الناشر: المكتبة العتيقة - تونس - الطبعة: بدون.
• دستور العلماء أوجامع العلوم في اصطلاحات الفنون، تأليف: لقاضي عبد رب النبي بن عبد رب الرسول الأحمد نكري، ترجمة: حسن هاني فحص. دار الكتب العلمية بيروت - 1421 هـ - 2000 م، الطبعة الأولى.
• رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تأليف: تاج الدين أبي النصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب - لبنان / بيروت - 1999 م - 1419 هـ، الطبعة الأولى.
• رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، تأليف: يعقوب عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الطبعة الرابعة، 1422هـ/ 2001م.
• رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ضوابطه وتطبيقاته، تأليف: صالح بن عبد الله بن حميد، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، 1424 هـ/ 2004م.
• روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1981.
• سد الذرائع بين الاعتبار والإلغاء، بحث للدكتور شعبان محمد اسماعيل، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة، العدد 6ـ 1408هـ/ 1988 م.

• سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، تأليف محمد هشام برهاني، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1985.

• سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر، تأليف أبي الفضل محمد بن خليل المرادي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.

• سنن ابن ماجه، تأليف: محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت.

• سنن البيهقي الكبرى، تأليف: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، 1414 - 1994.

• سنن الترمذي، تأليف: أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون دار إحياء التراث العربي.

• سنن الدارقطني، تأليف: أبي الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدنيدار المعرفة - بيروت، 1386 - 1966.

• سنن النسائي، تأليف: أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: د.عبد الغفار سليمان البنداري ا سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ، 1411 - 1991.

• سنن أبي داوود، تأليف: أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، الناشر: دار الكتاب العربي ـ بيروت

• سير أعلام النبلاء، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد

بن أحمد الذهبي، مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة ،1405 هـ/ 1985 م.

• شجرة المعارف والأحوال وصالح الأعمال والأقوال، تحقيق: حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، الرياض.

• شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تأليف: محمد بن محمد مخلوف، المطبعة السلفية، القاهرة ـ 1349هـ

• شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تأليف: عبد الحي بن أحمد بن محمد العكبري الحنبلي، تحقيق عبد القادر الأرنؤوط، محمود الأرناؤوط، دار بن كثير ـ دمشق، 1406.

• شرح ابن بطال على صحيح البخاري، تأليف: أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال البكري القرطبي، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم مكتبة الرشد – 1423هـ – 2003م، الطبعة الثانية.

• شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في اصول الفقه، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة الأولى 1416 هـ – 1996م

• شرح الخرشي على مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت.

• شرح الزركشي على الخرقي، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي، قدم له ووضع حواشيه: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر دار الكتب العلمية، 1423هـ – 2002م.

• شرح القواعد الفقهية، تأليف: الشيخ أحمد محمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية ،1409هـ/ 1989

• شرح الكوكب المنير، المسمى بمختصر التحرير، أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه، تأليف: محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي، المعروف بابن النجار، تحقيق: الدكتور محمد الزحيلي ، والدكتور نزيه حماد ، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، 1413 هـ- 1993 .

• شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، تأليف: أبي العباس أحمد بن ادريس القرافي، طبعة جديدة منقحة باعتناء مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر، 1424 هـ- 2004 م.

• شرح حدود ابن عرفة، الموسوم: الهداية الكافية الشافية ببيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تأليف أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، تحقيق: محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1993.

• شرح صحيح البخاري، تأليف: أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال البكري القرطبي، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - الرياض - 1423الطبعة: الثانيةهـ - 2003م.

• شرح منتهى الإرادات، تأليف: منصور بن يونس بن إدريس

البهوتي، عالم الكتب، 1996

• شرح ميارة على التحفة، تأليف: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي المعروف بميارة، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، لبنان/ بيروت، 1420هـ – 2000م،

• شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، تأليف: محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: الدكتور حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1390 هـ / 1971.

• صحيح ابن حبان، مؤسسة الرسالة – بيروت، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، الطبعة الثانية، 1414 – 1993

• صحيح البخاري، تأليف: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير اليمامة – بيروت، الطبعة الثالثة، 1407 – 1987

• صحيح مسلم، تأليف: أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم النيسابوري، دار الجيل بيروت ودار الآفاق الجديدة ـ بيروت.

• صفوة من انتشر من صلحاء القرن الحادي عشر، لمحمد الصغير الإفراني، تقديم وتحقيق عبد المجيد خيالي مركز التراث الثقافي، الدار البيضاء

• ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة،

1422هـ/ 2001م.

• طبقات الحفاظ، تأليف جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي، راجعه لجنة من العلماء، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1403-1983.

• طبقات الحنفية، الموسوم: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تأليف: أبي محمد عبد القادر بن أبي الوفاء

• تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1413 هـ/ 1993.

• طبقات الشافعية، تأليف أبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان عالم الكتب - بيروت -الطبعة الأولى، 1407 هـ.

• طبقات الشافعية، تأليف: تاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي. هجر للطباعة والنشر والتوزيع - 1413هـ، الطبعة الثانية.

• طبقات الفقهاء، تأليف: أبي إسحاق الشيرازي، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، الطبعة: 1ـ 1970 .

• طبقات المفسرين، تأليف: عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق: علي محمد عمر، مكتبة وهبة - القاهرة، الطبعة الأولى، 1396.

• طبقات علماء أفريقية، تأليف: أبي عبد الله محمد بن حارث الخشني، تحقيق: الدكتور محمد زينهم محمد عزب، مكتبة مدبولي، الطبعة الأولى، 1413 هـ ـ 1993م.

• طرق الكشف عن المقاصد، نعمان جغيم، دار النفائس، الطبعة الأولى، 2008.

• طلبة الطلبة، تأليف: أبي حفص عمر بن محمد النسفي، ضبط وتعليق وتخريج: خالد عبد الرحمن العك، دار النفائس، الطبعة الأولى، 1416هـ/ 1995.

• عوامل تغير الأحكام في التشريع الإسلامي، تأليف: الدكتور زيد بوشعراء، جامعة محمد الأول، وجدة، 1997.

• غاية النهاية في طبقات القراء، تأليف: أبي الخير محمد بن محمد الجزري، طبعة مصححة على طبعة ج.برجستراسر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1427 هـ/ 2006 م.

• غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، تأليف: أبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد الحموي الحنفي دار الكتب العلمية، 1405هـ - 1985م.

• فتاوى ابن رشد، تأليف: أبي الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد، تحقيق: المختار بن الطاهر التليلي. دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1407 هـ/ 1987م.

• فتاوى ابن سراج، تأليف: أبي القاسم بن سراج، تحقيق: محمد أبو الأجفان، السلسلة الأندلسية: 7، المجمع الثقافي، ابو ظبي الإمارات.

• فتاوى الإمام الشاطبي، تحقيق محمد أبو الأجفان، طبعة تونس، الطبعة الثانية، 1406هـ/ 1985م.

• فتح الباري شرح صحيح البخاري، تأليف: أبي الفضل ابن حجر العسقلاني، دار المعرفة - بيروت، 1379

• فقه التدين: فهما وتنزيلا، الدكتور عبد المجيد النجار، الزيتونة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1416هـ/ 1995م.

• فقه المقاصد وأثره في التفكير النوازلي، تأليف: الدكتور عبد السلام الرفعي، افريقيا الشرق،

• فقه النوازل: دراسة تأصيلية تطبيقية، تأليف: الدكتور محمد بن حسين الجيزاني، دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية، 1427هـ/ 2006م.

• فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيخات والمسلسلات، تأليف: عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني، تحقيق: إحسان عباس، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة : 2، 1982 .

• فهرسة المنجور تحقيق محمد حجي، نشر دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر، الرباط: 1396هـ/ 1976م

• في الاجتهاد التنزيلي، تأليف: بشير مولود جحيش، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية القطرية، الطبعة1، 1424هـ.

• فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، تأليف: محمد عبد الرؤوف المناوي، ضبطه وصححه احمد عبد السلام، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان الطبعة الاولى 1415 هـ – 1994 م.

• قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي، محمود حامد عثمان، دار الحديث، 2001.

• قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تأليف: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي الدمشقي، المحقق: محمود بن التلاميد الشنقيطي، الناشر: دار المعارف بيروت – لبنان.

• قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، تأليف: الدكتور عبد الرحمن ابراهيم الكيلاني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ودار الفكر، الطبعة الأولى، 1421 هـ ـ 200 م.

• قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، تأليف: الدكتور مصطفى بن كرامة الله مخدوم، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1420 هـ ـ 1999 م.

• كتاب الأم، تأليف: أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، دار المعرفة، سنة 1393هـ .

• كتاب التعريفات، تأليف: علي بن محمد بن علي الجرجاني، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي – بيروت، الطبعة الأولى، 1405.

• كتاب الحدود، تأليف: الإمام أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: الدكتور نزيه حماد، مؤسسة الزعبي للطباعة والنشر ـ بيروت.

• كتاب الصلة، تأليف: عبد الملك بن بشكوال، سلسة المكتبة الأندلسية، تحقيق: ابراهيم الأبياري، دار الكتاب المصري، القاهرة، ودار الكتاب اللبناني بيروت، الطبعة الأولى، 1410هـ/ 1989م.

• كتاب الفروع، تأليف: ابن مفلح تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة، تأليف: أبي شجاع محمد بن علي الدهان

• كتاب القواعد في الفقه الإسلامي، تأليف: الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة الأولى، 1413 هـ ـ 1992 م.

• كشاف اصطلاحات الفنون، تأليف: محمد علي التهانوي، تقديم وإشراف: رفيق العجم، تحقيق: علي دحروج، مكتبة لبنان، الطبعة الأولى، 1996م.

• كشف الأسرار على أصول البزدوي، تأليف: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، تحقيق: عبد الله محمود محمد

عمر، دار الكتب العلمية –بيروت، الطبعة الأولى 1418هـ/ 1997م

• كشف النقاب الحاجب عن مصطلح ابن الحاجب، تأليف: الشيخ ابراهيم بن علي بن فرحون اليعمري المالكي، دراسة وتحقيق: حمزة أبو فارس، وعبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ـ 1990.

• كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، تأليف: أحمد بابا التنبكتي، دراسة وتحقيق: الأستاذ محمد مطيع، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ـ المغرب، 1421 هـ ـ 2000م.

• كنز الوصول إلى معرفة الأصول، علي بن محمد البزدوي الحنفي، مطبعة جاويد بريس – كراتشي.

• لباب الآداب، تأليف: أسامة بن منقذ، تحقيق أحمد محمد شاكر، منشورات مكتبة السنة ـ القاهرة.

• لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر – بيروت، الطبعة الأولى.

• المجتبى من السنن، تأليف: أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة. مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب، الطبعة الثانية، 1406 – 1986.

• مجموع الفتاوى، تأليف: تقي الدين بن تيمية الحراني، تحقيق: أنور الباز – عامر الجزار، دار الوفاء، الطبعة: الثالثة، 1426.

• مجموع رسائل الجاحظ، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد طه الحاجري، دار النهضة العربية ـ بيروت، 1983..

• مختصر الطحاوي، عني بتحقيق أصوله والتعليق عليه أبو الوفاء الافغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن 1370 هـ

• مختصر المنتهى الأصولي مع شرح الإيجي، تأليف: أبي عمرو عثمان بن الحاجب، تحقيق محمد حسن اسماعيل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1424هـ/ 2004م.

• مختصر خليل، تأليف: خليل بن إسحاق الجندي، تحقيق: أجمد جاد، دار الحديث/ القاهرة، الطبعة الأولى 1426هـ/ 2005مـ

• مذكرة في أصول الفقه على روضة الناظر، تأليف: محمد الأمين بن المختار الشنقيطي، الطبعة الأولى، 1415هـ/ 1995.

• مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وأثره في الفروع الفقهية، تأليف: محمد أحمد شقرون، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي ـ الطبعة الأولى ـ 2002.

• مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده، تأليف الدكتور محمد الأمين ولد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي ـ الطبعة الأولى ـ 2002.

• مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، تأليف: يحيى سعيدي،

مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ـ 2004 م.

• مرتقى الوصول إلى علم الأصول، نظم: الإمام محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، تحقيق: محمد بن عمر سماعي الجزائري، دار البخاري للنشر والتوزيع، 1415هـ ـ 1994م.

• مسند الشافعي، محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، دار الكتب العلمية – بيروت

• مسند أحمد بن حنبل، تأليف: أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثانية 1420هـ .

• مشاهد من المقاصد، تأليف: الشيخ العلامة عبد الله بن بيه، مركز الموطأ للدراسات والتعليم، أبوظبي، الطبعة الرابعة، 2017.

• مصنف ابن أبي شيبة، تأليف: أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي، تحقيق: محمد عوامة، دار القبلة.

• مصنف عبد الرزاق، تأليف: أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي المكتب الإسلامي – بيروت، الطبعة الثانية، 1403.

• معجم المؤلفين، تأليف: عمر رضا كحالة، مؤسسة الرسالة،

• معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، تأليف: الدكتور نزيه حماد، دار القلم، الطبعة الأولى، 1429هـ/ 2009.

• معجم لغة الفقهاء، تأليف: محمد رواس قلعجي، دار النفائس،

الطبعة الثانية، 1408هـ 1988.

• معجم مقاييس اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، الطبعة: 1399هـ - 1979م.

• معلمة الفقه المالكي، تأليف: عبد العزيز بن عبد الله، دار الغرب، الطبعة الأولى، 1403هـ/ 1983م

• مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تأليف: محمد الخطيب الشربيني، الناشر دار الفكر، بيروت.

• مفردات ألفاظ القرآن، تأليف: الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، دار القلم ـ دمشق.

• مقاصد الشريعة الإسلامية، تأليف: محمد الطاهر بن عاشور، تحقيق ودراسة: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، 1421 هـ ـ 2001 م.

• مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، تأليف: الدكتور عبد المجيد النجار، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ـ 2006

• مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام، عمر بن صالح، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2003.

• مقاصد الشريعة ومكارمها، تأليف: العلامة علال الفاسي، دار الغرب الإسلامي، طبعة أولى عن الطبعة الرابعة الصادرة عن

مؤسسة علال الفاسي بالرباط، سنة 1991 .

• مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات، تأليف: العلامة عبد الله بن بيه، مركز الموطأ للدراسات والتعليم، أبوظبي، الطبعة الثالثة، 2017.

• منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، تأليف: أبي الإمداد ابراهيم بن ابراهيم اللقاني، تقديم وتحقيق: الدكتور عبد الله الهلالي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ـ المغرب، 1423 هـ ـ 2002 م.

• مناط التذرع عند الأصوليين، الدكتور عبد الله الصالح، مجلة جامعة دمشق–المجلد الثامن عشر– العدد الأول– 2002

• منح الجليل شرح مختصر خليل، تأليف الشيخ محمد عليش. الناشر دار الفكر، سنة النشر 1409هـ – 1989م. بيروت.

• منهج الاجتهاد، مقاربة في منهجية الاجتهاد تفسيرا وتعليلا وتنزيلا، تأليف: الدكتور عبد الحميد عشاق، مركز الموطأ للدراسات والتعليم، أبوظبي، الطبعة الأولى، 2018.

• مواهب الجليل على شرح خليل، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني، المحقق: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الطبعة : طبعة خاصة 1423هـ – 2003م.

• موسوعة القواعد الفقهية، تأليف: محمد صدقي البورنو،

مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 2003-1424م.

• نثر الورود على مراقي السعود، تأليف: محمد ولد سيدي ولد حبيب الشنقيطي، دار المنارة، ودار ابن حزم، الطبعة الأولى، 1415هـ/ 1995م.

• نشر البنود على مراقي السعود، تأليف: سيدي عبد الله بن ابراهيم العلوي الشنقيطي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب

• نشر العرف في بناء الأحكام على العرف، مجموع رسائل ابن عابدين.

• نظرية الاحتياط الفقهي، تأليف: محمد عمر سماعي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى ، 1428 هـ ـ 2007 م .

• نظرية الاستحسان، تأليف: أسامة الحموي، دار الخير، 1992.

• نظرية الاعتبار في العلوم الإسلامية، تأليف: الدكتور عبد الكريم عكيوي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1429 هـ ـ 2008 م.

• نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية، تأليف: حليمة آيت حمودي، دار الحداثة، السلسلة القانونية، ط1، 1986. ...

• نظرية التعسف في استعمال الحق، تأليف: الدكتور: فتحي الدريني مجموع ضمن كتابه النظريات الفقهية.

• نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، تأليف:

الدكتور: محمد الروكي، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، الرباط 1994.

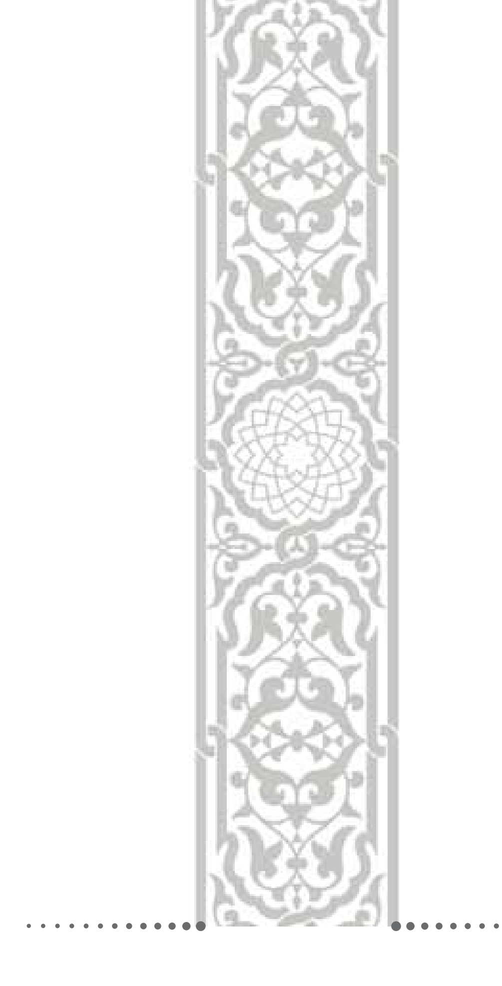
• نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي تأليف: الدكتور وهبة الزحيلي، الطبعة الرابعة، 1418هـ/ 1997.

• نظرية المقاصد عند ابن عاشور، تأليف: الدكتور اسماعيل الحسني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى 1416 هـ

• نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تأليف: أحمد بن محمد المقري التلمساني، تحقيق د. إحسان عباس الناشر دار صادر- بيروت، 1388هـ.

• نيل الابتهاج بتطريز الديباج، تأليف: أحمد بابا التنبكتي، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، 1329هـ.

• وثائق ابن حمدون بناني بشرح الهواري، ص : 168 ، دار الكتب العربية ، تونس ، 1949



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات



هذا الكتاب

تنشأ العناية بأصل اعتبار المآل من كون عدم اعتباره، أو إهماله، أو الجهل به من شأنه أن يوقع الناظر في علوم الشرع عامة والفقيه على الأخص في مناقضة قصد الشارع من تشريعه للأحكام، إذ تقرر عند أهل النظر أنه لا يكفي في الاجتهاد العلم بالأحكام وتعيينا، بل الواجب معرفة ما يؤول إليه الحال إذا عُمِل بهذه الأحكام في واقع المكلفين، من خلال الاجتهاد في تحقيق المناط.

من هنا، تنبع خصيصة اعتبار المآل لكونه يجمع بين شقين: فهم الواقع، وفهم الواجب فيه، وهو ما يعين المجتهد على إدراك ما يمكن أن ينكشف عليه تنزيل الحكم من نتائج في المستقبل انبنت على معطيات وتضاريس الواقع، وعلى مقاصد الشارع، وعلى مقاصد المكلفين، وعلى التدقيق في الدليل الشرعي وتركيبته.

ولأن الدراسة النظرية لا تكفي في استجلاء قيمة هذا الأصل وأثره على العمل الاجتهادية، فإنه لا مناص من أن يسلط عليه الضوء عمليا من خلال كتب الفتوى والنوازل الفقهية.

وهذا ما يحاول هذا الكتاب اعتمادا على نوازل المالكية أن يقدمه من خلال رصده لقوة هذا الأصل، وأثره في العمل الفقهي، وبيان علاقته بالمنظومة التشريعية، وأثره فيها، وكيف يفرض نفسه على ذهن المفتي أو المجتهد وهو يعالج وقائع الناس التي أنتجتها تفاعلات عناصر متعددة الجوانب والماهيات ومعقدة التركيب، مما يستلزم استحضار عدد من النظريات الفقهية التي تسعفه في عمله، والتي ترتبط إما بالشارع نفسه، أو بالمكلف نفسه، أو بالواقع الذي هو بيئة التنزيل.



